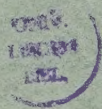


Thomas Wedel

DIE ROLLE
ENTSTEHUNGSGESCHICHTLICHER
ARGUMENTE
IN DER RECHTSPRECHUNG DES
BUNDESGERICHTSHOFS IN ZIVILSACHEN

Disbui. Bremen

1988



Die Rolle entstehungsgeschichtlicher Argumente
in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs
in Zivilsachen

D I S S E R T A T I O N

zur Erlangung des Grades eines Doktors
der Rechtswissenschaften
der Universität Bremen

vorgelegt von
Thomas Wedel
aus Nürnberg

1 9 8 7

Diese Arbeit hat dem Promotionsausschuß Dr. jur. der Universität Bremen als Dissertation unter dem Titel "Die Rolle entstehungsgeschichtlicher Argumente in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen" vorgelegen. An dem Promotionsverfahren haben Prof. Dr. Helmut Rüßmann (Saarbrücken) und Prof. Dr. Roland Dubischar (Bremen) als Gutachter mitgewirkt.

Das Kolloquium hat am 22. Februar 1988 stattgefunden.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Einleitung	1
Erster Teil	
Statistische Feststellungen über den Gebrauch entstehungsgeschichtlicher Argumente in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen	7
I. Die Häufigkeit der Verwendung entste- hungsgeschichtlicher Argumente	9
1. Gesamtauswertung der Bände 1 bis 87	9
2. Aufgliederung nach Zeiträumen	11
II. Die Argumentationspraxis zu den ver- schiedenen Rechtsgebieten	13
III. Die Verwendung entstehungsgeschichtlicher Argumente durch die einzelnen Senate	16
IV. Spezielle Analyse der Entscheidungen des Kartellsenats	20
V. Zur These, der Gebrauch entstehungsge- schichtlicher Argumente hänge maßgeblich vom Alter des auszulegenden Gesetzes ab	25
Zweiter Teil	
Beschreibung der Art und Weise des Einsatzes entstehungsgeschichtlicher Argumente durch den Bundesgerichtshof	30
I. Die verschiedenen Erscheinungsformen des entstehungsgeschichtlichen Arguments	30
1. Globalverweisungen auf die Entste- hungsgeschichte	30
a) Ohne Angabe der konkreten Er- kenntnisquelle	30
b) Mit Rechtsprechungs- oder Litera- turzitaten als Beleg	32
2. Berufung auf einzelne entstehungsge- schichtliche Aspekte	33
a) Verweisung auf Äußerungen einzel- ner am Gesetzgebungsverfahren Beteiligter	33

	Seite
b) Bezugnahme auf amtliche Begründungen	35
c) Hinweise auf Ausschlußberichte	36
3. Umfassende Darstellungen der Entstehungsgeschichte	38
4. Schlußfolgerungen aus immer wieder feststellbaren entstehungsgeschichtlichen Vorgängen	46
a) Änderung bzw. Streichung von Entwurfsbestimmungen	46
b) Ablehnung von Anträgen	50
II. Häufiger vorkommende Argumentations-situationen	54
1. Verwendung von doppelten Negationen	54
2. "Kein Anhaltspunkt für die gegenteilige Auffassung"	55
3. Übergehen des offengelegten entstehungsgeschichtlichen Arguments der Gegenmeinung	58
4. Schlußfolgerungen aus dem Schweigen des Gesetzgebers	59
5. Berufung auf die Andeutungstheorie	61
III. Die Intensität der Auseinandersetzung mit der Entstehungsgeschichte	63
 Dritter Teil	
Der Stellenwert der Gesetzesmaterialien in der Argumentationspraxis des Bundesgerichtshofs	65
I. Grundsätzliche Stellungnahmen des Bundesgerichtshofs zur Bedeutung der Entstehungsgeschichte für die Gesetzesauslegung	65
II. Die Argumentationspraxis	80
1. Konflikt Wortlaut - Entstehungsgeschichte	82
2. Konflikt Sinnzusammenhang - Entstehungsgeschichte	86

3. Konflikt zwischen objektiv-teleologischen Kriterien und der Entstehungsgeschichte	87
--	----

Vierter Teil

Exemplarische Überprüfung der Korrektheit der Berufung auf einen Willen des Gesetzgebers	89
--	----

a) Entscheidungen, in denen dem entstehungsgeschichtlichen Argument lediglich unterstützende Funktion zukommt	96
---	----

1. BGHZ 11, 286	96
-----------------	----

2. BGHZ 16, 217	100
-----------------	-----

3. BGHZ 31, 63	102
----------------	-----

4. BGHZ 36, 370	104
-----------------	-----

5. BGHZ 37, 58	108
----------------	-----

6. BGHZ 43, 269	109
-----------------	-----

7. BGHZ 55, 324	112
-----------------	-----

8. BGHZ 62, 160	115
-----------------	-----

9. BGHZ 76, 338	118
-----------------	-----

10. BGHZ 83, 17	120
-----------------	-----

b) Entscheidungen, in denen dem entstehungsgeschichtlichen Argument eine ausschlaggebende bzw. zumindest eine mittragende Bedeutung zukommt	123
---	-----

1. BGHZ 2, 16	123
---------------	-----

2. BGHZ 9, 322	126
----------------	-----

3. BGHZ 17, 108	129
-----------------	-----

4. BGHZ 19, 247	131
-----------------	-----

5. BGHZ 29, 195	135
-----------------	-----

6. BGHZ 39, 1	138
---------------	-----

7. BGHZ 44, 220	140
-----------------	-----

8. BGHZ 80, 173	143
-----------------	-----

9. BGHZ 83, 71	145
----------------	-----

10. BGHZ 85, 32	147
-----------------	-----

	Seite
Fünfter Teil	
Nach Fallgruppen gegliederte Darstellung von Entscheidungen, in denen der Bundesgerichtshof ausdrücklich gegen die Gesetzesmaterialien entscheidet	150
Sechster Teil	
Die formale Struktur subjektiv-teleologischer Argumente	170
I. Die Darstellung der Struktur (subjektiv-) teleologischer Argumente in der juristischen Argumentationstheorie	170
II. Vorstellung einer noch differenzierteren Rekonstruktion (subjektiv-) teleologischer Argumente	173
III. Die Struktur subjektiv-teleologischer Argumente in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen	175
Schlußbetrachtung	194
Literaturverzeichnis	210

EINLEITUNG

Die tatsächliche Rechtsanwendung in der Praxis der Gerichte wird nur selten auf ihre Methodik untersucht, obwohl Untersuchungen über die Praxis der Methoden-anwendung der theoretischen Diskussion Anregungen geben oder Anhaltspunkte für die Gültigkeit bestehender Konzepte in der Praxis liefern könnten¹⁾.

In verschiedenen neueren rechtstheoretischen Publikationen ist insbesondere darauf hingewiesen worden, daß es zur Problematik des Stellenwerts der Gesetzesmaterialien im Rahmen der Auslegung an ausreichend subtilen Untersuchungen fehle. So stellt Baden fest, daß wissenschaftliche Auseinandersetzungen mit der Frage der Relevanz von Materialien in den letzten 60 bis 70 Jahren außerordentlich dünn gesät und zudem in ihrer Aussage wenig befriedigend seien²⁾.

Weiterhin wird auf das Fehlen verlässlicher Rechtsprechungsdaten zur Bedeutung entstehungsgeschichtlicher Argumente aufmerksam gemacht³⁾.

Als besonders defizitär bezeichnen Koch und Rüßmann⁴⁾ den Forschungsstand zur subjektiv-teleologischen Auslegung.

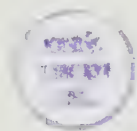
Angesichts dessen erschien es angezeigt, den Versuch zu unternehmen, durch eine entsprechende Analyse der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen zumin-

1) Berner, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 33 Abs. 5 GG, S. 1.

2) In: Rüdig (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, S. 373.

3) Sachs, DVBl 1984, 73, 82, Fn. 134.

4) Juristische Begründungslehre, S. 218, Fn. 84.



dest für den Bereich des Zivilrechts einen kleinen Beitrag zur Behebung dieses Mankos zu leisten¹⁾.

Hierzu ist es zunächst erforderlich, eine begriffliche Festlegung vorzunehmen und kurz zu erläutern, wie methodisch vorgegangen worden ist.

Wenn in einer Entscheidungsbegründung zur Erforschung der Vorstellungen des historischen Gesetzgebers die Materialien einer gesetzlichen Vorschrift herangezogen werden oder wenn zumindest unter ausdrücklicher Berufung auf die Entstehungsgeschichte argumentiert wird, dann soll im Rahmen der vorliegenden Untersuchung generell von einem genetischen²⁾ bzw. entstehungsgeschichtlichen Argument³⁾ gesprochen werden.

-
- 1) Ansätze in dieser Richtung finden sich für das Strafrecht bei Rahlf, Die Rolle der historischen Auslegungsmethode in der Rechtsprechung des BGH, in: v. Savigny u.a., Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie, S. 27 ff und Schroth, Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht sowie hinsichtlich der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei Sachs, Die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes als Mittel der Verfassungsauslegung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, a.a.O., S. 73 ff.
Zu Honsells Arbeit "Historische Argumente im Zivilrecht" näheres unten S. 4.
 - 2) Zur plausiblen Unterscheidung zwischen historischer und genetischer Auslegung vgl. Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 235, Fn. 79a unter Berufung auf Müller, Juristische Methodik.
"Genetisch" ist danach die anhand der Entstehungsgeschichte und der Materialien der Gesetzesnorm vorgehende Auslegung, während "historisch" im eigentlichen Sinn die Auslegung anhand von Normvorläufern als Antwort auf die Frage: "wie war das früher geregelt?", ist. (Herkömmlicherweise werden allerdings beide Aspekte in den Begriff der historischen Auslegung einbezogen.)
 - 3) Ein Argument ist ein zur Begründung von Aussagen angeführter Satz einer Argumentform (Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, S. 123).

Nur in den Fällen, in denen die Gesetzesmaterialien selbst keine unmittelbare Antwort auf die in der Entscheidung gestellte Frage, sondern nur Angaben zu den vom historischen Gesetzgeber verfolgten Zwecken enthalten, ist es wohl treffender, die auf diese gesetzgeberischen Zweckvorstellungen abstellenden Argumentationen als subjektiv-teleologische¹⁾ zu bezeichnen²⁾.

Als Untersuchungsmaterial boten sich die in der Sammlung zivilrechtlicher Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (BGHZ) veröffentlichten Judizien an, da in dieser Entscheidungssammlung die vom Gericht für relevant gehaltenen Judizien abgedruckt werden.

Die herausragende Bedeutung dieser Urteile und Beschlüsse räumt ihnen jedenfalls bei einer Rechtsprechungsanalyse der vorliegenden Art einen besonderen Platz ein³⁾.

-
- 1) Die Bezeichnung "subjektiv-teleologisches Argument" wird u.a. verwendet von Koch/Rüßmann, a.a.O., S. 218, 219; v. Savigny, in: v. Savigny u.a., a.a.O., S. 145, 149; Koch, EuGRZ 1986, 358.
Durch die Verwendung des Begriffs "subjektiv-teleologisch" wird gerade der Gegensatz zu der in der Methodendiskussion als objektiv-teleologische Auslegung bezeichneten Argumentation aus dem objektiven Zweck des Gesetzes deutlicher herausgestellt als durch die Termini "historisch-teleologisch" (so Bydlinsky, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 451) bzw. "legislatorisch-teleologisch" (so Köbl, in: Sozialrechtsprechung, Verantwortung für den sozialen Rechtsstaat, Festschrift zum 25-jährigen Bestehen des Bundessozialgerichts, S. 1006 ff).
 - 2) Speziell mit diesen subjektiv-teleologischen Argumentationen befaßt sich der sechste Teil dieser Arbeit.
 - 3) So auch Henf, Billigkeit und zivilrichterliche Argumentation, S. 77, 78.
Die Sammlungen BGHZ und BGHSt sind allerdings keine amtlichen Sammlungen, wie oft (u.a. auch von Henf, a.a.O.) angenommen wird, sondern sie wurden früher vom Richterverein und werden jetzt von einer eigens hierfür errichteten Gesellschaft des bürgerlichen Rechts herausgegeben (vgl. Keßler, DRiZ 1975, 296; Arndt, in: Frohn, Almanach 1975, S. 121).

Das Frageraster, mit dem zur Identifizierung der Entscheidungen, in denen entstehungsgeschichtliche Argumente enthalten sind, an das empirische Material heranzutreten war, ergab sich angesichts der Begriffsfestlegung an sich von selbst.

Die der Durchsicht der in den Bänden 1 bis 87 veröffentlichten Entscheidungen zugrundezulegenden Kriterien waren demnach die Heranziehung von Gesetzesmaterialien sowie die Rede von der Entstehungsgeschichte einer gesetzlichen Vorschrift.

Die Arbeit ist so aufgebaut, daß in einem ersten Teil die Ergebnisse einiger statistischer Erhebungen über den Gebrauch entstehungsgeschichtlicher Argumente in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aufgezeigt werden. Wichtige Ansatzpunkte für den zweiten und dritten Teil ergaben sich aus einer von Weitzel¹⁾ verfaßten Rezension der Habilitationsschrift von Thomas Honsell "Historische Argumente im Zivilrecht".

Bevor die einschlägigen Passagen der Besprechung wiedergegeben werden, erscheint es erforderlich, ganz kurz darzulegen, welche Fragestellung der Untersuchung von Honsell zugrundeliegt.

Wie schon der Untertitel "Ihr Gebrauch und ihre Wertschätzung im Wandel unseres Jahrhunderts" deutlich macht, geht es Honsell in erster Linie darum, etwaige Differenzen im Argumentationshaushalt von einst und jetzt festzustellen, indem Urteile und Methodenlehresätze aus den ersten Jahren unseres Jahrhunderts solchen aus jüngster Zeit gegenübergestellt werden²⁾.

In seiner angesichts der Zielsetzung Honsells insgesamt wohl doch etwas zu kritisch ausgefallenen Rezension be-

1) RT 1983, 252 ff.

2) A.a.O., S. 2, 21.

mängelt Weitzel insbesondere das Fehlen einer näheren Beschreibung der Art und Weise des Einsatzes historischer Argumente.

Es hätte ihn interessiert, ob der Gebrauch des historischen Arguments außerhalb theoretisch festgelegter Verwendungsregeln Regelmäßigkeiten oder zumindest Vorlieben (Schwerpunkte, Signifikanzen) kennt. Solche Regelmäßigkeiten hält er für denkbar hinsichtlich gewisser Argumentationssituationen, die aus der Fülle der Urteile herausgearbeitet werden müßten¹⁾.

Weiterhin vermißt er auch Aussagen zum Stellenwert der historischen Argumente in der Argumentationspraxis des Bundesgerichtshofs²⁾.

Die Erkenntnisse, die aus einer insbesondere unter Blickrichtung auf diese Aspekte durchgeführten Untersuchung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen gewonnen wurden, werden im zweiten und dritten Teil dargestellt.

Im vierten Teil werden zunächst einige Kriterien herausgearbeitet, anhand derer man die Korrektheit der Behauptung, der Gesetzgeber habe etwas Bestimmtes gewollt, überprüfen kann.

Sodann wird am Beispiel von insgesamt 20 per Zufall ausgewählten Judizien der Frage nachgegangen, ob dort, wo der BGH sich zur Begründung seiner Entscheidung auf die Entstehungsgeschichte bzw. den Willen des Gesetzgebers stützt, der vom BGH angenommene Inhalt des Willens des Gesetzgebers vor dem Hintergrund der aufgezeigten Kriterien bestehen kann.

Im fünften Teil erfolgt eine nach Fallgruppen gegliederte Darstellung von Entscheidungen, in denen ausdrücklich gegen die Gesetzesmaterialien entschieden wird.

Im sechsten Teil werden dann nach einem kurzen Überblick über die Äußerungen der Begründungstheoretiker zur for-

1) A.a.O., S. 253, 254.

2) A.a.O., S. 253.

malen Struktur subjektiv-teleologischer Argumente die subjektiv-teleologischen Argumentationen des Bundesgerichtshofs etwas näher unter die Lupe genommen.

Die Schlußbetrachtung beinhaltet schließlich u.a. eine Kritik an der Argumentationspraxis des Bundesgerichtshofs und ein Plädoyer für eine weitgehende Bindung des Rechtsanwenders an die Vorstellungen des historischen Gesetzgebers.

ERSTER TEIL

STATISTISCHE FESTSTELLUNGEN ÜBER DEN GEBRAUCH ENTSTEHUNGSGESCHICHTLICHER ARGUMENTE IN DER RECHTSPRECHUNG DES BUNDESGERICHTSHOFS IN ZIVILSACHEN

Bevor die Ergebnisse verschiedener Auswertungen im einzelnen dargelegt werden, sind noch einige allgemeine Vorbemerkungen angezeigt.

Es sollte mit diesen Erhebungen der Versuch unternommen werden, mit Hilfe statistischer Methoden Erkenntnisse darüber zu gewinnen, wie häufig genetische Argumente in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eingesetzt werden und von welchen Faktoren die Verwendung abhängig ist.

Nachdem nahezu alle¹⁾ in den Bänden 1 bis 87 der Entscheidungssammlung BGHZ veröffentlichten Entscheidungen (insgesamt ca. 4.760) in die Untersuchung einbezogen wurden, kann dem zugrundegelegten Material trotz der Tatsache, daß diese Sammlung nur eine Auswahl der wichtigsten zivilrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs enthält²⁾, die Repräsentativität wohl kaum abgesprochen werden.

Die Aussagekraft der statistischen Feststellungen erfährt zwar dadurch eine gewisse Einschränkung, daß die unterschiedliche Relevanz der entstehungsgeschichtlichen Argumente innerhalb der einzelnen Entscheidungen nicht erfaßt werden konnte.

Trotzdem sollten jedoch bereits die Resultate des statistischen Teils dieser Arbeit geeignet sein, zumindest

1) Zu den wenigen Ausnahmen vgl. die Darlegungen im Anschluß an diese Vorbemerkungen (1. Kapitel, 1. Abschnitt).

2) Vgl. hierzu § 18 Abs. 4 GO BGH; Heusinger, Rechtsfindung und Rechtsfortbildung im Spiegel richterlicher Erfahrung, S. 184, 185, Fn. 91 sowie Jost, Soziologische Feststellungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, S. 53.

Tendenzen in der genetischen Argumentationspraxis des obersten deutschen Zivilgerichts aufzuzeigen.

I. Die Häufigkeit der Verwendung entstehungs- geschichtlicher Argumente

1. Gesamtauswertung der Bände 1 bis 87

Die Entscheidungssammlung BGHZ beinhaltet in den Bänden 1 bis 87 etwa 4.820 Judizien.

Nicht mit in die Untersuchungen einbezogen wurden hier- von sowohl diejenigen Entscheidungen, bei denen Sonder- senate (insbesondere der Kartellsenat und der Senat für Anwaltssachen) als Strafsenate fungierten und von de- nen nur die Leitsätze in der Sammlung BGHZ, die Entschei- dungsgründe dagegen in der Sammlung BGHSt abgedruckt sind, als auch die Beschlüsse des Gemeinsamen Senats der ober- sten Gerichtshöfe des Bundes (die meist ohnehin nur im Anhang abgedruckt sind) und der Vereinigten Großen Se- nate.

Die Durchsicht der verbleibenden ca. 4.760 Entscheidun- gen führte zu dem Ergebnis, daß der Bundesgerichtshof in etwa 1.115 Judizien genetisch im Sinne der obigen Begriffsbestimmung argumentiert oder sich zumindest mit den Materialien einer gesetzlichen Vorschrift ausein- andersetzt¹⁾.

Entscheidungen, in denen die Rede ist von einer Ausle- gung aus der Entstehungsgeschichte bzw. den Materia- lien von allgemeinen Geschäftsbedingungen oder von völ- kerrechtlichen Verträgen, konnten dabei nicht berück-

1) Die Entscheidungen, in denen der BGH zwar auf die Materialien einer Norm näher eingeht, sich aber dann im Ergebnis gegen diese entscheidet, machen nur knapp 5 % von den insgesamt ermittelten 1.115 Judizien aus. Nachdem in diesen Fällen ein die Gegenmeinung stüt- zendes genetisches Argument für interessant genug gehalten wird, um sich zumindest damit auseinander- zusetzen, wurden auch diese Entscheidungen in die statistischen Untersuchungen einbezogen. (Eine ausführliche Analyse der Entscheidungen, in denen offen gegen die Gesetzesmaterialien entschie- den wird, erfolgt im fünften Teil dieser Arbeit.)

sichtigt werden, da es sich in diesen Fällen nicht um Argumente im Rahmen der Auslegung von Gesetzen handelt, die durchgeführte Untersuchung aber hierauf beschränkt sein sollte.

Auch eine Reihe von Entscheidungen, in denen Ausführungen gemacht werden zu den Materialien von Gesetzen, die zu dem Zeitpunkt der BGH-Entscheidung entweder noch nicht in Kraft oder jedenfalls auf den betreffenden Fall noch nicht anwendbar waren, mußten außer Betracht bleiben, da dabei dann von einer Argumentation aus den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers nicht gesprochen werden kann.

Der sich somit ergebende prozentuale Anteil von 23,4 % ist angesichts der relativ engen Beschränkung des Begriffs als beachtlich hoch einzustufen, insbesondere wenn man weiterhin berücksichtigt, daß in einer Vielzahl von Fällen auf den Sinn und Zweck einer Norm abstellende Argumentationen nur mit Rechtsprechungs- oder Literaturnachweisen belegt werden, dort aber, wie etliche Stichproben ergeben haben, dann Darlegungen zu den Gesetzesmaterialien bzw. der Entstehungsgeschichte zu finden sind.

Speziell die argumentative Verwendung von Präjudizien stellt einen sehr häufigen Anwendungsfall verdeckter, im Rahmen dieser statistischen Untersuchung nicht erfaßter entstehungsgeschichtlicher Argumentation dar¹⁾.

1) Vgl. hierzu auch Bydlinsky, a.a.O., S. 453.

2. Aufgliederung nach Zeiträumen

Die untersuchten Entscheidungen sind in den Jahren 1950 bis 1983 ergangen. Sie umfassen demnach einen Zeitraum von immerhin 33 Jahren.

Es drängte sich deshalb die Frage auf, ob möglicherweise bei einer Aufgliederung nach Zeiträumen ins Gewicht fallende Differenzen bezüglich der Häufigkeit der Verwendung entstehungsgeschichtlicher Argumente nachweisbar sind.

Um dies feststellen zu können, wurde der Untersuchungszeitraum in drei etwa gleich große Zeitabschnitte unterteilt und die Anzahl der im jeweiligen Zeitraum identifizierten Entscheidungen, in denen unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte argumentiert wird, ins Verhältnis gesetzt zur Gesamtzahl der betreffenden Entscheidungen.

Es ergab sich dabei folgendes Bild:

1950-1961 (Bände 1-34)	377 von ca. 1.830 = 20,6 %
1961-1972 (Bände 35-58)	332 von ca. 1.360 = 24,4 %
1972-1983 (Bände 59-87)	406 von ca. 1.570 = 25,9 %

Dieser zwar geringe, aber doch stetige Anstieg der Quoten erlaubt jedenfalls die Aussage, daß genetische Argumente in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen zumindest in quantitativer Hinsicht im Laufe der Zeit an Beliebtheit eher gewonnen haben.

Noch deutlicher zeigt sich diese Tendenz, wenn man den die ersten beiden Jahre des Untersuchungszeitraums betreffenden prozentualen Anteil mit der für die letzten zwei Jahre ermittelten Quote vergleicht:

Oktober 1950 bis November 1952

(Bände 1- 7) 72 von 400 = 18,0 %

Mai 1981 bis Juni 1983

(Bände 81-87) 106 von 347 = 30,5 %¹⁾.

1) Zu einer möglichen Ursache hierfür vgl. die Darlegungen unten 1. Teil, 5. Kapitel a.E.

II. Die Argumentationspraxis zu den verschiedenen Rechtsgebieten

Durch die im folgenden darzustellenden Untersuchungen sollte Aufschluß darüber gewonnen werden, ob die streitige Rechtsmaterie für die Häufigkeit der Verwendung genetischer Argumente von nennenswertem Einfluß ist. Um hierüber Erkenntnisse gewinnen zu können, war zunächst eine Zuordnung der ermittelten einschlägigen Judizien zu den jeweiligen Rechtsgebieten erforderlich.

In der ersten der beiden diesbezüglich durchgeführten Untersuchungen wurde für jede der in den Bänden 1 bis 87 der Sammlung BGHZ abgedruckten Entscheidungen, in der unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte argumentiert wird, dasjenige Rechtsgebiet subjektiv festgelegt, mit dem diese sich schwerpunktmäßig befaßt. Im Rahmen der zweiten Untersuchung erfolgte die Zuordnung anhand eines objektiveren Maßstabs, nämlich entsprechend der jedem BGH-Band vorangestellten, nach Sachgebieten aufgeschlüsselten Übersicht über die Leitsätze der Judizien¹⁾, wobei allerdings in Kauf genommen werden mußte, daß darin manche Entscheidungen unter mehrere Rechtsgebiete eingeordnet worden sind.

Um Aussagen über die Abhängigkeit des Umfangs der Verwendung entstehungsgeschichtlicher Argumente von der streitigen Rechtsmaterie machen zu können, waren diese Zahlen dann ins Verhältnis zu setzen zur entsprechend ermittelten Gesamtzahl der zu dem jeweiligen Rechtsbereich ergangenen Entscheidungen.

1) So auch Henf, a.a.O., S. 88 in seiner Untersuchung über die Häufigkeit der Verwendung von Billigkeitsargumenten in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen.

Es ergaben sich hierbei folgende Ergebnisse:

Rechtsgebiet	1. Auswertung (%)	2. Auswertung (%)	Durch- schnittswert (%)
BGB	21	21	21
Öffentliches Recht	27	24	25,5
Handels- und Gesellschafts- recht	19	20	19,5
Sonstiges Wirtschafts- recht	29	27	28
Verfahrens- recht	18	18	18

Zwar kommt diesen beiden Untersuchungen angesichts der jeweiligen Mankos (subjektive bzw. mehrfache Zuordnung) nur ein eingeschränkter Erkenntniswert zu.

Nachdem aber die Durchschnittswerte gegenüber der insgesamt ermittelten Quote lediglich Abweichungen von ca. ⁺ 5 % aufweisen und sich bei beiden Auswertungen in etwa auch die gleichen Resultate ergaben, läßt sich doch die Feststellung treffen, daß von einer deutlichen Bevorzugung entstehungsgeschichtlicher Argumente in bestimmten Rechtsbereichen keine Rede sein kann.

Auch bei einer Untergliederung dieser Rechtsmaterien in die einzelnen Rechtsgebiete¹⁾ ergaben sich mit einer Ausnahme nur Ergebnisse im Bereich zwischen 15 und 30 %.

Die soeben erwähnte einzige Ausnahme bilden die Entscheidungen zum Kartellrecht, bei denen eine Quote von ca. 50 % ermittelt wurde.

1) Diese Aufgliederung erfolgte entsprechend der im Inhaltsverzeichnis der einzelnen Bände vorgenommenen Unterteilung.

Eine dadurch veranlaßte Analyse der Judizien des Kartellsenats bleibt einem gesonderten Kapitel vorbehalten¹⁾.

1) Vgl. unten 1. Teil, 4. Kapitel.

III. Die Verwendung entstehungsgeschichtlicher Argumente durch die einzelnen Senate

Nachdem sich herausgestellt hatte, daß der streitigen Rechtsmaterie zumindest kein maßgeblicher Einfluß auf die Häufigkeit der Verwendung genetischer Argumente zukommt, fragte sich, welche anderen Faktoren hierfür von Bedeutung sein könnten.

Ein denkbarer Aspekt war hierbei ein möglicherweise quantitativ unterschiedlicher Gebrauch entstehungsgeschichtlicher Argumente durch die verschiedenen Senate.

Eine unter diesem Gesichtspunkt durchgeführte Auswertung ergab, daß die ca. 1.115 einschlägigen Entscheidungen sich in etwa wie folgt auf die einzelnen Senate verteilen:

1. Senat 82	2. Senat 137	3. Senat 155	4. Senat 123	5. Senat 200
6. Senat 86	7. Senat 77	8. Senat 73	9. Senat 6	10. Senat 15
1a-Senat (1963-68) 12	1b-Senat (1963-68) 11	4a-Senat (seit 1.3.1980) 6	4b-Senat (seit 1.3.1980) 16	Großer Senat für Zivilsachen 16
Senat für An- waltssachen 27	Kartellsenat 52		Dienstgericht des Bundes 4	
Senat für Notar- sachen 15	Senat für Patent- anwaltssachen 2			

Um verwertbare Erkenntnisse zu erhalten, war es wiederum erforderlich, diese absoluten Zahlen mit der Gesamtzahl der von den jeweiligen Senaten entschiedenen Rechtsstreitigkeiten zu vergleichen.

Die ca. 4.760 dieser Untersuchung zugrundegelegten Urteile teilen sich in etwa wie folgt auf die einzelnen Senate auf:

1. Senat	2. Senat	3. Senat	4. Senat	5. Senat
345	780	710	540	665
6. Senat	7. Senat	8. Senat	9. Senat	10. Senat
330	470	390	24	69
1a-Senat	1b-Senat	4a-Senat	4b-Senat	Großer Senat für Zivilsachen
22	44	45	34	30
Senat für An- waltssachen	Kartellsenat		Dienstgericht des Bundes	
90	96		29	
Senat für Notar- sachen	Senat für Patent- anwaltssachen		1)	
42	4			

In Prozenten ausgedrückt ergeben sich somit für die verschiedenen Senate folgende Resultate:

1) Hinzu kommt die erste im 1. Band veröffentlichte Entscheidung, bei der der entscheidende Senat nur als Zivilsenat bezeichnet wird.

1. Senat	2. Senat	3. Senat	4. Senat	5. Senat
23,8	17,6	21,8	22,8	30,1
6. Senat	7. Senat	8. Senat	9. Senat	10. Senat
26,1	16,4	18,7	25,0	21,7
1a-Senat	1b-Senat	4a-Senat	4b-Senat	Großer Senat für Zivilsachen
54,5	25,0	13,3	47,1	53,3
Senat für An- waltssachen		Kartellsenat		Dienstgericht des Bundes
30,0		54,2		13,8
Senat für Notar- sachen			Senat für Patent- anwaltssachen	
35,7			50,0	

Bei den Senaten 1 bis 10 sind damit lediglich Abweichungen von ca. ± 7 % gegenüber der Gesamtquote festzustellen und auch bei einigen weiteren Senaten ergeben sich diesbezüglich höchstens Differenzen in der Größenordnung von etwa ± 10 bis 12 %.

Eine überdurchschnittlich häufige Verwendung entstehungsgeschichtlicher Argumente konnte demnach nur bei den Senaten 1a und 4b sowie beim Großen Senat für Zivilsachen und beim Kartellsenat festgestellt werden.

(Dem für den Senat für Patentanwaltssachen ermittelten Ergebnis kann angesichts der geringen Anzahl von Entscheidungen kein besonderer Erkenntniswert zuerkannt werden.)

Wie eine detaillierte Nachprüfung ergeben hat, dürften die hohen Quoten beim 1a- und 4b-Senat ihre Ursache darin haben, daß sich diese Senate relativ häufig mit der Auslegung junger Gesetze zu befassen hatten.

So werden in nahezu der Hälfte der einschlägigen Entscheidungen des 1a-Senats die Materialien des relativ kurze Zeit zuvor in Kraft getretenen 6. Überleitungsgesetzes herangezogen¹⁾.

Der erst 1980 eingerichtete 4b-Senat ist vorwiegend für familienrechtliche Streitigkeiten zuständig und hatte sich deshalb vielfach mit den Normen des erst am 1. Juli 1977 in Kraft getretenen Ersten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts auseinanderzusetzen²⁾.

Der häufige Einsatz genetischer Argumente durch den Großen Senat für Zivilsachen ist wohl damit zu erklären, daß dieser Senat als eine Einrichtung zur Sicherung der Einheit der oberstgerichtlichen Rechtsprechung nur in bestimmten Konfliktsfällen zum Einsatz kommt und er sich deshalb in vielen Fällen jedenfalls gegen den Vorwurf absichern will, eines der klassischen Auslegungskriterien übergangen zu haben.

Der Klärung der Ursachen für den das Ergebnis der hinsichtlich der Rechtsgebiete durchgeführten Untersuchung bestätigenden hohen Anteil entstehungsgeschichtlicher Argumente in den Judizien des Kartellsenats ist nachfolgend ein eigenes Kapitel gewidmet.

1) BGHZ 41, 360; 42, 19; 42, 32; 43, 12; 46, 1.

2) Die Resultate konkreter Einzeluntersuchungen zur Bedeutung des Alters des auszulegenden Gesetzes für den Einsatz entstehungsgeschichtlicher Argumente werden im 5. Kapitel des 1. Teils dargestellt.

IV. Spezielle Analyse der Entscheidungen des Kartellsenats

In der juristischen Literatur wird die sehr häufige Verwendung entstehungsgeschichtlicher Argumente im Kartellrecht damit erklärt, daß das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) als Wirtschaftsordnungsgesetz mit echtem Kompromißcharakter anzusehen sei und sich bei Berücksichtigung des Umstandes, daß die häufig erstmals in einem Gesetz gebrauchten allgemeinen Begriffe in besonderem Maße sinnermittlungsbedürftig seien, notwendig die Folgerung ergebe, dem im Gesetzgebungsverfahren zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers für die Sinnermittlung größeren Raum zu geben, da nur auf diese Weise der Kompromißcharakter des Gesetzes gewahrt werden könne¹⁾.

Weiterhin wird angeführt, daß Wortlaut und Sinnzusammenhang bei diesem Gesetz, das für den Gesetzgeber Neuland darstellte und das zudem unter Umständen verabschiedet wurde, die eine gründliche redaktionelle Überarbeitung nicht zuließen, als alleinige Interpretationsmittel vielfach nicht ausreichten²⁾.

Der Kartellsenat selbst hat in seiner Entscheidung BGHZ 46, 74 (81) ausgeführt, daß die einzelnen Vorschriften des GWB Ausdruck wirtschaftspolitischer Entscheidungen des Gesetzgebers seien, deren Tragweite sich oft nicht schon aus dem Wortlaut oder aus dem Sinnzusammenhang der einzelnen Vorschrift oder aus der allgemeinen Zielsetzung des Gesetzes, sondern nur aus der Entstehungsgeschichte erschließen lasse, wenn aus dieser zuverlässig erkennbar sei, was für einen konkreten Tatbestand der Gesetzgeber bei der von ihm getroffenen Regelung im Auge gehabt habe.

1) Reinhart, Die vorsätzliche Zuwiderhandlung gegen das Kartellverbot, S. 18, 19.

2) Hill, in: Krüger-Nieland (Hrsg.), 25 Jahre BGH, S. 175.

Generell ist zunächst festzustellen, daß es sich beim Kartellsenat um einen Sondersenat des Bundesgerichtshofs handelt, dem durch das GWB bestimmte Aufgaben zugewiesen sind.

Er ist zuständig für alle Entscheidungen über die in § 95 Abs. 1 GWB aufgeführten Rechtsmittel.

Die Besonderheit besteht dabei darin, daß ein einziger Senat des Bundesgerichtshofs zu Entscheidungen sowohl auf bürgerlich-rechtlichem als auch auf ordnungswidrigkeitsrechtlichem - und damit strafrechtlichem - Gebiet berufen ist und ihm nicht zuletzt auch noch Entscheidungen über kartellrechtliche Verwaltungssachen zugewiesen sind.

Es bot sich an, diese Tatsache, daß der Kartellsenat Rechtskontrolle in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, in Verwaltungssachen¹⁾ und in Bußgeldsachen²⁾ ausübt, als Ansatzpunkt für eine statistische Analyse der Entscheidungen des Kartellsenats zu verwerten³⁾. Eine Aufgliederung der kartellrechtlichen Judizien nach diesen drei verschiedenen Verfahrensarten erbrachte folgende Ergebnisse:

Von den 50 bürgerlich-rechtlichen Entscheidungen beinhalten 17 entstehungsgeschichtliche Argumente.

Es ergibt sich somit diesbezüglich ein prozentualer Anteil von 34 %.

Demgegenüber wird in 32 der 46 in Verwaltungssachen ergangenen Beschlüsse genetisch argumentiert, so daß sich eine bemerkenswerte Quote von 69,6 % errechnet.

Zwar beschränkt sich die vorliegende Arbeit grundsätzlich auf eine Untersuchung der Entscheidungen der Zi-

1) Gemäß § 95 Abs. 2 GWB jeweils als Zivilsenat.

2) Gemäß § 95 Abs. 2 GWB als Strafsenat.

3) Im Rahmen dieser Untersuchung wurde nur die argumentative Verwendung der Gesetzesmaterialien zum GWB berücksichtigt.

vilsenate, in diesem Zusammenhang war aber hiervon eine kleine Ausnahme zu machen, um den Erkenntniswert der soeben dargestellten Resultate noch etwas zu erhöhen. Eine deshalb ebenfalls durchgeführte Auswertung der kartellrechtlichen Bußgeldentscheidungen erbrachte einen Prozentsatz von 26,7 % (4 von 15 Judizien).

Es kann demnach ein überragendes Ergebnis bei den Kartellverwaltungssachen konstatiert werden, während in den beiden anderen Verfahrensarten nur knapp überdurchschnittliche Quoten herausgekommen sind.

Für den mehr als doppelt so hohen prozentualen Anteil bei den Verwaltungssachen dürfte maßgebend sein, daß sich der Kartellsenat in Kartellverwaltungssachen überwiegend mit der Überprüfung der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Kartellbehörde (meist das Bundeskartellamt) sowie mit der Kontrolle kartellbehördlicher Ermessensentscheidungen zu befassen hat und die gemäß den §§ 70 Abs. 5 Satz 1, 75 Abs. 5 GWB in vollem Umfang¹⁾ erfolgende Nachprüfung der behördlichen Verfügungen sich in erster Linie an den gesetzgeberischen Zwecken zu orientieren hat²⁾.

In den Bußgeldverfahren ist die Quote wohl hauptsächlich deshalb am niedrigsten, weil sich der Kartellsenat in Bußgeldsachen auch in ganz erheblichem Maße speziell mit Vorschriften aus der StPO, dem OWiG und dem StGB so-

1) Recht- und Zweckmäßigkeitskontrolle (abweichend von § 114 VwGO), BGHZ 49, 367 ff und herrschende Meinung in der Literatur.

2) Der Ermessensbegriff des § 70 Abs. 5 Satz 1 GWB wird von der herrschenden Meinung sowohl im Sinne des Handlungsermessens wie auch im Sinne der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe verstanden (vgl. Halbey, WRP 68, 350).

Die diese umfassende gerichtliche Nachprüfbarkeit einschränkende Vorschrift des § 70 Abs. 5 Satz 2 GWB hat nur einen ganz spezifischen, eng begrenzten Anwendungsbereich (vgl. Soell, Das Ermessen der Eingriffsverwaltung, S. 58, 59).

wie mit allgemeinen strafprozessualen und strafrechtlichen Grundsätzen auseinanderzusetzen hat und somit die Interpretation der Vorschriften des GWB gar nicht den absoluten Schwerpunkt der Auslegungstätigkeit darstellt.

Dies findet auch eine gewisse statistische Bestätigung darin, daß in den Bußgeldsachen in ca. 60 % der Beschlüsse auch Paragraphen der StPO, des OWiG bzw. des StGB als für die Entscheidung maßgebliche Vorschriften unter dem Leitsatz genannt sind, während in den Kartellverwaltungs-sachen dort nur in ca. 15 % der Fälle neben GWB-Normen überhaupt irgendeine Vorschrift eines anderen Gesetzes aufgeführt ist.

Es paßt auch ins Bild, daß sich diesbezüglich der prozentuale Anteil bei den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten auf 46 % beläuft.

Die statistische Feststellung, daß in den kartellrechtlichen Entscheidungen besonders häufig genetisch argumentiert wird, steht auch in Übereinstimmung mit der in der rechtstheoretischen Diskussion mehrfach vertretenen Auffassung, daß bei wirtschaftslenkenden Maßnahmegesetzen die subjektive Auslegung in den Vordergrund zu treten habe¹⁾.

Die Richtigkeit dieser These wird auch durch eine in einem anderen Zusammenhang durchgeführte Untersuchung der Judizien zum Gesetz über Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur und zur Sicherung land- und forstwirtschaftlicher Betriebe (Grundstücksverkehrsgesetz) bestätigt, bei der sich ebenfalls eine weit überdurch-

1) Vgl. z.B. Stratenwerth, in: Festschrift Germann, S. 266 Fn. 24; Dubischar, Grundbegriffe des Rechts, S. 78.

Das GWB ist zumindest unter einen etwas weiter gefaßten Begriff des Maßnahmegesetzes einzuordnen, vgl. hierzu auch Futter, in: Dogmatik und Methode, Josef Esser zum 65. Geburtstag, S. 50 Fn. 1.

schnittlich häufige Verwendung entstehungsgeschichtlicher Argumente ergeben hat (Quote 66,7 %) ¹⁾.

Zusammenfassend kann damit festgestellt werden, daß der häufige Einsatz genetischer Argumente in den Entscheidungen des Kartellsenats auf gesetzesspezifische Besonderheiten wie die Vielzahl von unbestimmten Rechtsbegriffen und Ermessensermächtigungen im GWB, die umfassende gerichtliche Nachprüfbarkeit der kartellbehördlichen Verfügungen gemäß § 70 Abs. 5 GWB und den Maßnahmecharakter des Gesetzes zurückzuführen ist.

1) Näheres hierzu unten im 5. Kapitel des 1. Teils.

V. Zur These, der Gebrauch entstehungsgeschichtlicher Argumente hänge maßgeblich vom Alter des auszulegenden Gesetzes ab

Die Häufigkeit, mit der in der Methodenliteratur der Standpunkt vertreten wird, daß den Gesetzesmaterialien bei der Auslegung von jungen Gesetzen eine besondere Relevanz zukomme¹⁾, gab Veranlassung dazu, eine Überprüfung dieser These anhand der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen zu ausgewählten Gesetzen vorzunehmen.

Bei der Auswahl der Gesetze war zu beachten, daß nur solche Gesetze in Betracht kommen konnten, die erst nach Beginn der Entscheidungstätigkeit des Bundesgerichtshofs in Kraft getreten sind.

Weiterhin durften sie zumindest keine derart tiefgreifenden Änderungen erfahren haben, daß dadurch eine erhebliche Verfälschung der Untersuchungsergebnisse gegeben sein würde.

Um möglichst allgemeingültige Aussagen machen zu können, war es außerdem erforderlich, Gesetze aus den verschiedensten Rechtsmaterien heranzuziehen.

Unter Blickrichtung auf diese Kriterien boten sich als Untersuchungsmaterial folgende Gesetze an:

- a) das Wohnungseigentumsgesetz (WEG) vom 15. März 1951
- b) das Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen (LwVG) vom 21. Juli 1953
- c) die Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) vom 21. Januar 1960

1) In diesem Sinne z.B. Schroth, a.a.O., S. 149; Honssell, a.a.O., S. 169, 170; Zweigert, in: Studium Generale, Bd. 7 (1954), S. 383; Heusinger, a.a.O., S. 97 ff; Mayer-Maly, Rechtswissenschaft, S. 63.

- d) das Gesetz über Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur und zur Sicherung land- und forstwirtschaftlicher Betriebe (Grundstücksverkehrs-gesetz)¹⁾ vom 28. Juli 1961
- e) das Urheberrechtsgesetz (UrhG) vom 9. September 1965.

Methodisch ist so vorgegangen worden, daß die Anzahl der in den ersten Jahren nach Erlaß des betreffenden Gesetzes ergangenen Entscheidungen, in denen unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte dieses Gesetzes argumentiert wird, ins Verhältnis gesetzt wurde zur Gesamtzahl der in diesem Zeitraum zu dem Gesetz ergangenen Judizien und diese Quote dann dem entsprechenden prozentualen Anteil für die nachfolgenden Jahre gegenübergestellt wurde.

Es sind dabei nur Entscheidungen einbezogen worden, in denen zumindest eine Vorschrift des entsprechenden Gesetzes in der Paragraphenangabe unter dem Leitsatz enthalten ist, damit die Gewähr gegeben war, daß dem Gesetz für die betreffende Entscheidung auch eine gewisse Bedeutung zukam.

Das auffallendste Untersuchungsergebnis hat sich dabei beim GrdstVG ergeben.

Von den neun in den ersten sieben Jahren nach Erlaß des Gesetzes hierzu ergangenen Judizien enthalten acht (= 88,9 %) entstehungsgeschichtliche Argumente.

In den späteren Jahren ist dies hingegen lediglich in zwei von sechs Entscheidungen der Fall (= 33,3 %)²⁾.

Hinsichtlich des Urheberrechtsgesetzes wurde für die ersten sieben Jahre ein Prozentsatz von 80 % (vier von

1) Abkürzung: GrdstVG.

2) Sehr bemerkenswert ist dabei noch die hohe Gesamtquote von 66,7 %, die wohl auf den Maßnahmecharakter des Gesetzes zurückzuführen sein dürfte (vgl. dazu auch oben 4.Kapitel).

fünf Entscheidungen)¹⁾ ermittelt, während sich der prozentuale Anteil bei den restlichen Judizien auf 40 % (sechs von 15 Entscheidungen) beläuft²⁾.

Die zur VwGO durchgeführte Untersuchung³⁾ führte zu dem Ergebnis, daß in drei der acht in den ersten sieben Jahren nach Erlaß ergangenen Entscheidungen (= 37,5 %) entstehungsgeschichtliche Argumente eingesetzt werden. Von den weiteren zehn Entscheidungen beinhaltet dagegen keine einzige ein genetisches Argument.

Beim LwVG war es angesichts der Tatsache, daß die Mehrzahl der Entscheidungen in den allerersten Jahren nach Erlaß ergangen ist, nicht möglich, nach der gleichen Methode vorzugehen.

Es wurden deshalb die Entscheidungen der ersten beiden Jahre denen des restlichen Zeitraums gegenübergestellt. Es ergab sich dabei ein prozentualer Anteil von 41,7 % (fünf von zwölf Entscheidungen) für die Jahre 1954 bis 1955, während in den weiteren Jahren in acht Judizien kein entstehungsgeschichtliches Argument verwendet wird. Im Gegensatz zum LwVG liegen zum WEG in den ersten Jahren nach dessen Erlass kaum Entscheidungen vor.

Bei einer deshalb vorgenommenen Halbierung des Gesamtzeitraums errechnete sich für die ersten 16 Jahre eine Quote von 33,3 % (eine von drei Entscheidungen).

Die Auswertung der letzten 16 Jahre erbrachte einen Prozentsatz von 12,5 % (drei von 24 Entscheidungen).

1) Außer Betracht blieb dabei die Entscheidung BGHZ 56, 317, da hier zwar eine Vorschrift des Urheberrechtsgesetzes im Leitsatz genannt ist, auf den Sachverhalt aber noch das Literatururhebergesetz Anwendung fand.

2) Auch beim Urheberrechtsgesetz hat sich demzufolge eine überdurchschnittliche Gesamtquote (50 %) ergeben.

3) Hierzu ist anzumerken, daß es sich dabei überwiegend um Entscheidungen zu § 40 VwGO handelt.

Diesen Resultaten beim WEG kann zwar kein sehr hoher Erkenntniswert zuerkannt werden, sie stehen jedenfalls aber auch nicht in Widerspruch zu den anderen, vorstehend dargestellten Ergebnissen.

Die hinsichtlich der verschiedenen Gesetze ermittelten Resultate lassen somit die Aussage zu, daß bei der Auslegung eines jungen Gesetzes die Gesetzesmaterialien deutlich häufiger herangezogen werden als bei der Interpretation älterer Normen¹⁾, so daß die dahingehenden Stellungnahmen in der rechtsmethodologischen Literatur eine deutliche Bestätigung gefunden haben²⁾.

Maßgebliche Ursache hierfür dürfte die veränderte Konkurrenzsituation zwischen den Materialien und dem angewachsenen Präjudizienmaterial sein³⁾.

Auch zu der im zweiten Abschnitt des ersten Kapitels dargestellten Beobachtung, daß in jüngster Zeit entstehungsgeschichtliche Argumente nicht unerheblich öfter eingesetzt wurden als zu Beginn der Entscheidungstätigkeit

-
- 1) Es ist diesbezüglich noch anzumerken, daß auch Honssell in seiner die Argumentationspraxis des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs hinsichtlich des Gebrauchs entstehungsgeschichtlicher Argumente in Urteilen zum BGB vergleichenden Untersuchung zur gleichen Erkenntnis gelangt ist:
Während das Reichsgericht in mehr als einem Drittel der untersuchten Entscheidungen zum "jungen" BGB entstehungsgeschichtliches Material verwertet hat, tut dies der Bundesgerichtshof nur noch in ca. 12 % der in den Bänden 51 bis 70 der Entscheidungssammlung BGHZ abgedruckten Urteile zum BGB. (Vgl. a.a.O., S. 148, 149).
 - 2) Die Aussagefähigkeit der Untersuchungsergebnisse wird noch durch die Tatsache erhöht, daß sowohl Gesetze mit einem insgesamt hohen Anteil an genetischen Argumenten als auch solche mit niedrigen Quoten untersucht wurden.
 - 3) So auch Honssell, a.a.O., S. 148.
Außerdem spielt wohl auch noch eine gewisse Rolle, daß bei jungen Gesetzen das Authentizitätsinteresse stärker ist und im Normalfall auch noch kein Fortbildungsinteresse bzw. -bedürfnis besteht. (Vgl. dazu Schroth, a.a.O., S. 104, 105, 149).

des Bundesgerichtshofs, steht die Erkenntnis, daß die Häufigkeit der Verwendung genetischer Argumente mit zunehmendem Alter des auszulegenden Gesetzes abnimmt, trotz der zwischenzeitlich älter gewordenen Hauptgesetze (insbesondere BGB, HGB, ZPO) nicht in Widerspruch, da nicht übersehen werden darf, daß es sich bei diesen Gesetzen auch schon vor gut 30 Jahren um alte Gesetze gehandelt hat.

Es läßt sich sogar vermuten, daß der vermehrte Einsatz entstehungsgeschichtlicher Argumente in den letzten Jahren seine Ursache darin hat, daß sich der Bundesgerichtshof wegen der Vielzahl von Gesetzesänderungen und neu erlassenen Gesetzen in jüngster Zeit häufiger mit der Interpretation von erst vor kurzer Zeit erlassenen oder geänderten Vorschriften zu befassen hatte und deshalb auch vermehrt unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte argumentiert hat.

Als kurzes Fazit des ersten Teils dieser Arbeit läßt sich somit folgendes festhalten:

In nahezu einem Viertel der untersuchten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen wird genetisch argumentiert, wobei der Anteil in den letzten Jahren des Untersuchungszeitraums höher ist als zu Beginn der Entscheidungstätigkeit des Bundesgerichtshofs.

Weiterhin hat sich herausgestellt, daß die Häufigkeit des Einsatzes entstehungsgeschichtlicher Argumente wohl eher vom Alter der jeweils auszulegenden Normen bzw. von gesetzesspezifischen Besonderheiten abhängig ist als von der streitigen Rechtsmaterie oder dem entscheidenden Senat.

ZWEITER TEIL

BESCHREIBUNG DER ART UND WEISE DES EINSATZES ENTSTEHUNGSGESCHICHTLICHER ARGUMENTE DURCH DEN BUNDESGERICHTSHOF

I. Die verschiedenen Erscheinungsformen des entstehungsgeschichtlichen Arguments

Im Rahmen einer Analyse der in der Entscheidungssammlung BGHZ veröffentlichten Entscheidungen haben sich unterschiedlichste Verwendungsformen des genetischen Arguments herauskristallisiert.

Ohne abschließenden Anspruch lassen sich folgende - für die Auslegungspraxis des Bundesgerichtshofs charakteristische - Fallgruppen unterscheiden¹⁾:

1. Globalverweisungen auf die Entstehungsgeschichte

a) Ohne Angabe der konkreten Erkenntnisquelle

In mehreren Entscheidungen beruft sich der Bundesgerichtshof pauschal auf die Entstehungsgeschichte einer gesetzlichen Vorschrift, ohne die konkreten Erkenntnisquellen (amtliche Begründungen, Ausschlußberichte etc.) anzugeben.

1. Beispiel

BGHZ 10, 155 (160): "Nach der Vorgeschichte des DM-Bilanz-Gesetzes, den Vorberatungen dazu und den Äußerungen der Referenten steht fest, daß alle, gleichviel aus wel-

1) Ein Einblick in die genetische Argumentationspraxis des Bundesgerichtshofs läßt sich am besten durch eine Darstellung anhand von einzelnen, illustrativen Beispielen vermitteln. Der Anschaulichkeit wegen werden diese Beispiele wörtlich zitiert. Die in den Anmerkungen zusätzlich angegebenen Belegstellen sind nur als weitere Beispiele und nicht als irgendwie vollständige Angaben gedacht.

chem Gesichtspunkt denkbaren Anfechtungsgründe gegenüber den Beschlüssen auf Feststellung der DM-Eröffnungsbilanz und Neufestsetzung der Kapitalverhältnisse ausschließlich vor der Spruchstelle des § 58 DMBG sollten geltend gemacht und daß über sie nur im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit sollte entschieden werden können."

2. Beispiel

BGHZ 46, 66 (69, 70): "Der Wortlaut des § 26 Abs. 3 DRiG gibt zwar keinen sicheren Aufschluß darüber, was unter einer 'Maßnahme der Dienstaufsicht' verstanden werden soll; die Entstehungsgeschichte des deutschen Richtergesetzes läßt aber keinen Zweifel, daß die Dienstgerichte nicht auf die Überwachung der Aufsichtstätigkeit im engeren Sinne beschränkt werden sollten, ihnen vielmehr die umfassende Aufgabe anvertraut ist, auf Antrag jede Maßnahme der Dienstaufsichtsbehörden gegenüber einem Richter auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit zu überprüfen."

Derartige allgemeine Hinweise erschweren zumindest eine Nachprüfung, wenn sie nicht gar eine Beurteilung unmöglich machen, ob die entstehungsgeschichtliche Auslegung wirklich zu den Folgerungen nötigt, zu denen der Bundesgerichtshof gelangt ist¹⁾.

1) So auch Oellrich, Der Beitrag des Bundesarbeitsgerichts zur Methode der Gesetzesauslegung, S. 126. Weitere Beispiele für Bezugnahmen auf die Entstehungsgeschichte bzw. die Gesetzesmaterialien ohne jeglichen Nachweis: BGHZ 5, 62 (65); 58, 280 (285); 77, 1 (7).

b) Mit Rechtsprechungs- oder Literaturzitaten
als Beleg

Eine gängige Vorgehensweise des Bundesgerichtshofs besteht darin, ganz allgemein auf die Entstehungsgeschichte bzw. die Gesetzesmaterialien zu verweisen und den Nachweis der Entstehungsgeschichte anhand sekundärer Quellen zu führen.

1. Beispiel

BGHZ 21, 229 (231): "Die Auffassung der Rechtsbeschwerde findet denn auch in dem Wortlaut des Gesetzes keinen Anhalt und steht ferner mit der Entstehungsgeschichte des § 181 BGB nicht in Einklang (vgl. hierzu RGZ 68, 175)."

2. Beispiel

BGHZ 56, 115 (121/122): "Die Entstehungsgeschichte des § 2034 BGB liefert allerdings Anhaltspunkte dafür, daß der Gesetzgeber auch einer Zersplitterung des ländlichen Grundbesitzes vorbeugen wollte (vgl. die Hinweise bei Kipp/Coing, a.a.O., § 115 I 1, S. 501)."

In diesen Fällen steht es dem Leser sicherlich frei, auf dem Weg über das Primärzitat auch der Entstehungsgeschichte nachzugehen, weswegen von einem Begründungsdefizit wohl nicht die Rede sein kann.

Angesichts des evidenten Zitatenreichtums in der höchstrichterlichen Rechtsprechung würden andererseits direkte Quellennachweise zur Entstehungsgeschichte die Urteilsgründe nur unwesentlich belasten¹⁾.

1) Honsell, a.a.O., S. 142.
Vgl. außerdem noch die Entscheidungen BGHZ 39, 1 (3);
50, 180 (184) (mit Rechtsprechungszitaten als Beleg)
sowie BGHZ 23, 90 (97) (mit Literaturzitat als Beleg).

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang noch auf eine vergleichbare Gruppe von Entscheidungen, in denen der Bundesgerichtshof seine Rechtsauffassung darlegt und sich dann zum Beleg für die Richtigkeit seiner Ansicht auf entstehungsgeschichtlich begründete Präjudizien oder Literaturmeinungen beruft¹⁾.

2. Berufung auf einzelne entstehungsgeschichtliche Aspekte

a) Verweisung auf Äußerungen einzelner am Gesetzgebungsverfahren Beteiligter

In einer Reihe von Entscheidungen ist zu beobachten, daß der Bundesgerichtshof zur Begründung seiner Auffassung einzelne Äußerungen aus dem Gesetzgebungsverfahren heranzieht.

1. Beispiel

BGHZ 12, 1 (2): "Bereits aus der Entstehungsgeschichte des § 69 GVG a.F., der dem jetzigen § 70 GVG entspricht, ergibt sich, daß die dort geregelte Beiordnung von Hilfsrichtern zur Vertretung eines oder mehrerer bestimmter

1) Als Beispiele hierfür wären z.B. zu nennen die Entscheidungen BGHZ 69, 207 (209): "Dieser Vorschrift liegt der Gedanke zugrunde, daß ... Jeder Teil darf deshalb ... (vgl. RGZ 143, 212, 215 unter Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte);" BGHZ 65, 79 (84): "§ 1417 BGB enthält einen Auffangtatbestand, nach dem nur ... (vgl. Lutter AcP 161, 163, 167 unter Hinweis auf die Materialien zum BGB)" und BGHZ 64, 366 (367): "Eine Umplanung dieser Art ... gehört zu den Fallgruppen, an die bei der Schaffung des § 44 Abs. 1 Satz 2 BBauG in erster Reihe gedacht worden ist und die daher grundsätzlich als Änderung der bisher zulässigen Nutzung anzusehen sind (Ernst/Zinkahn/Bielenberg, a.a.O., § 44 Rdnr. 42 unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes; ...)."

Gerichtsmitglieder nur einen Anwendungsfall für die Berufung von Hilfsrichtern darstellt, dessen besondere gesetzliche Regelung erforderlich erschien, um die mit der Zuweisung von Vertretern in bestimmten Vertretungsfällen verbundene Gefahr von Eingriffen der Justizverwaltung in die Rechtspflege auszuschalten, wobei das Hauptgewicht auf die Einschaltung des Präsidiums gelegt wurde (vgl. die Ausführungen des Bundesbeauftragten Leonhard anlässlich der 2. und 3. Beratung des GVG in Hahn, Materialien, Bd. 1, S. 1228 ff, 1575)."

2. Beispiel

BGHZ 14, 325 (328): "Die Rechtsverhältnisse der kriegsgefangenen Beamten ... waren gewiß ebenso regelungsbedürftig wie die der anderen 'ausgeschiedenen' Beamten. Von ihrer Regelungsbedürftigkeit ist auch der Gesetzgeber ausgegangen, wie daraus entnommen werden darf, daß Ministerialdirektor Dr. Ringelmann als Sachverständiger vor dem Hauptausschuß des Parlamentarischen Rats (laut Protokoll über die 40. Sitzung), ohne Widerspruch zu erfahren, die Auffassung vertreten hat, auch die kriegsgefangenen Beamten sollten von der zu treffenden Regelung erfaßt werden."

In derartigen Fällen¹⁾ liegt es für den kritischen Leser der Entscheidungsbegründung auf der Hand, daß allein die Heranziehung der jeweiligen Äußerung ohne den Versuch unter dem Aspekt einer kontinuierlichen gesetzgeberischen Willensbildung Rechenschaft abzulegen, die vom Bundesgerichtshof gezogene Schlußfolgerung auf den Willen des Gesetzgebers wohl nur sehr bedingt tragen kann.

1) Weitere Beispiele: BGHZ 8, 189 (192); 44, 220 (227); 58, 343 (352); 63, 327 (330/331).
Gegenbeispiel: BGHZ 67, 339 (341).

Selbst die Berücksichtigung von Gesichtspunkten wie dem Gewicht der Stimme des Redners, dem Zusammenhang, in dem die Äußerung gefallen ist oder den Reaktionen, die die Äußerung hervorgerufen hat¹⁾, kann dabei den grundsätzlich beschränkten Begründungswert einzelner Äußerungen aus dem Gesetzgebungsverfahren nur in begrenztem Maße aufwerten.

b) Bezugnahme auf amtliche Begründungen

Aufgabe der Gesetzesmaterialien ist es, über die "Zweck-Mittel-Relation", in der das Gesetz steht, zu informieren²⁾.

Da insbesondere die amtlichen Begründungen oft unmittelbar die gesetzgeberischen Zweckvorstellungen erkennen lassen, stellen sie in der Auslegungspraxis des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen eine vielbenutzte Erkenntnisquelle dar.

1. Beispiel

BGHZ 63, 313 (318/319): "Zudem würden, wollte man die Ausnahme des § 1542 Abs. 1 Satz 3 RVO auf Träger der Unfallversicherung beschränken, den sonstigen Trägern der Sozialversicherung durch die ihnen damit belassene Entlastungsbefugnis auf § 1542 Abs. 1 Satz 1 RVO Rechte zuteil, die ihnen vor Inkrafttreten des Unfallversicherungs-Neuregelungsgesetzes 1963 jedenfalls für Betriebsunfälle bei der Teilnahme am allgemeinen Verkehr nicht zugestanden worden waren. Denn durch § 4 Abs. 2 des insoweit durch das Neuregelungsgesetz aufgehobenen Gesetzes über die erweiterte Zulassung von Schadenersatzansprüchen bei Dienst- und Arbeitsunfällen vom

1) Vgl. G. und D. Reinicke, NJW 1955, 1380.

2) Baden, a.a.O., S. 393; Schroth, a.a.O., S. 74.

7. Dezember 1943 war ihnen in solchen Fällen eine Rückgriffsmöglichkeit aufgrund abgeleiteten Rechts ausdrücklich versagt. Es war aber das erklärte Ziel der Neuregelung, diese Grundsätze, die sich nach Auffassung des Gesetzgebers bewährt hatten, inhaltlich aufrechtzuerhalten (vgl. die amtl. Begründung BT-Drs. ...)."

2. Beispiel

BGHZ 85, 1 (5): "Eine derart enge Auslegung, wie sie von der Revision vorgetragen wird, ließe sich auch nicht mit dem Zweck des § 50 UrhG vereinbaren. Die Bestimmung ist im Interesse der Allgemeinheit zur Erleichterung einer anschaulichen Berichterstattung über aktuelle Ereignisse erlassen worden (vgl. amtl. Begründung zu § 50 in BT-Drucks. ...). Sie ermöglicht ..."¹⁾

c) Hinweise auf Ausschußberichte

Unter den verschiedenen entstehungsgeschichtlichen Aspekten kommt in der Auslegungspraxis des Bundesgerichtshofs neben den amtlichen Begründungen den Ausschußberichten (insbesondere den Berichten des Rechtsausschusses) die größte Bedeutung als Erkenntnisquelle zu, was seinen Grund wohl darin haben dürfte, daß sich auch aus ihnen sehr häufig Ziele und Motive des historischen Gesetzgebers unmittelbar entnehmen lassen.

1) Aus der Vielzahl der Judizien, in denen der Bundesgerichtshof auf amtliche Begründungen verweist, vgl. z.B. noch die Entscheidungen BGHZ 3, 90 (93); 30, 40 (45) und 83, 162 (166).

1. Beispiel

BGHZ 43, 269 (278): "Bei der Beratung der Vorschrift des § 40 VwGO (§ 38 des Entwurfs) hat, ..., der Gedanke der 'Sachnähe' eine bedeutsame Rolle gespielt. ... (vgl. das Protokoll Nr. 65 des 16. Ausschusses des Deutschen Bundestags, 2. Wahlperiode 1953, S. 17). Ebenso heißt es im Bericht des Rechtsausschusses vom 12. Mai 1959 (Deutscher Bundestag 3. Wahlperiode, Drucksache 1094) zu § 38 des Entwurfs, der Rechtsausschuß halte eine Vorschrift für erforderlich, nach der für solche öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten der ordentliche Rechtsweg erhalten bleibe, in denen ein enger Zusammenhang mit der Enteignung und der Amtshaftung gegeben sei. Diese Entstehungsgeschichte zeigt deutlich, daß durch § 40 Abs. 2 Satz 1 VwGO keineswegs alle Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten, insbesondere auch nicht Ansprüche, die von der öffentlichen Hand gegen Privatpersonen erhoben werden, den ordentlichen Gerichten zugewiesen werden sollen."

2. Beispiel

BGHZ 57, 216 (218): "Nach dem schriftlichen Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags (BT-Drucks. ...) bezweckt die durch das Gesetz vom 26. Juni 1969 in das UWG neu eingefügte Bestimmung des § 6 b, die mit dem Kaufscheinhandel typischerweise verbundene, im Einzelfall aber nur schwer nachweisbare Irreführung der Verbraucher über ihre angebliche Vorzugsstellung durch an jedermann ausgegebene Kaufausweise, die zum Einkauf bei Großhändlern bei einer angeblich besonders günstigen Preisgestaltung berechtigen, zu unterbinden. Dieses Ziel sucht die Bestimmung des § 6 b UWG durch eine Einschränkung der Verwendung solcher Kaufausweise zu Wettbewerbszwecken zu erreichen (schr. Bericht a.a.O.)."¹⁾

1) Weitere Beispiele: BGHZ 27, 35 (39); 43, 12 (17); 53, 52 (54).

3. Umfassende Darstellungen der Entstehungsgeschichte

Neben den zahlreichen Fällen, in denen der Bundesgerichtshof eklektisch auf einzelne entstehungsgeschichtliche Aspekte verweist, finden sich in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen aber auch etliche Entscheidungen, in denen die Entstehungsgeschichte einer gesetzlichen Vorschrift kontinuierlich nachgewiesen wird.

1. Beispiel

BGHZ 16, 159 (161-164): "Der Landesgesetzgeber ist sich auch bewußt gewesen, daß er für das Rechtsbeschwerdeverfahren in Bodenreformsachen eine von der bundesgesetzlichen Regelung abweichende Besetzung des Bundesgerichtshofs nicht vorschreiben konnte. Es waren zunächst zwei Gesetzentwürfe (beide vom 25. Juni 1953) ausgearbeitet worden. Der eine Entwurf betraf das gerichtliche Verfahren in Bodenreformsachen, das bisher in der 3. DVO geregelt war und grundsätzlich die Vorschriften der Verfahrensordnung für Landwirtschaftssachen (LVO) für anwendbar erklärte. Eine gesetzliche Regelung erschien notwendig, weil nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 8. Juli 1952 (VBLw 74/51 NJW 1953, 24) die Bodenreformsachen keine Landwirtschaftssachen und die Bodenreformgerichte keine Landwirtschaftsgerichte im Sinne der LVO waren und Bedenken bestanden, ob die Einrichtung und Zusammensetzung der Bodenreformgerichte im Wege einer Durchführungsverordnung abweichend von den Landwirtschaftsgerichten geregelt werden konnte (Nr. 2 der Begründung zum Entwurf eines Gesetzes über das gerichtliche Verfahren in Bodenreformsachen, Drucksache Nr. 1239 des Landtags Nordrhein-Westfalen - zweite Wahlperiode - Bd. V). In der amtlichen Begründung zu dem Gesetzentwurf (am Schluß von Nr. 3) heißt es, daß das

Gesetz nur formalrechtliche Bedeutung habe und an der bisherigen Regelung nichts ändern solle. Der andere Entwurf (Drucksache Nr. 1240) betraf die Einführung der Rechtsbeschwerde in Bodenreformsachen. In der amtlichen Begründung zu diesem Gesetzentwurf (unter Nr. 3 und 4) wird ausgeführt, ein Landesgesetz könne die Zusammensetzung des Bundesgerichtshofs nicht selbständig regeln, sondern müsse eine beim Bundesgerichtshof vorhandene Besetzung übernehmen. Ein Senat mit besonderen Beisitzern für Bodenreformsachen bestehe beim Bundesgerichtshof nicht. Eine Zuweisung an den Landwirtschaftssenat sei nicht vertretbar, weil dort nur Landwirte im Hauptberuf als Beisitzer mitwirkten. Es könne nur ein Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in seiner gewöhnlichen Besetzung ohne Beisitzer (gemeint ist: ohne landwirtschaftliche Beisitzer) in Betracht kommen. Da sich die Rechtsbeschwerde auf die Nachprüfung von Rechtsfragen beziehe, sei eine solche Regelung unbedenklich und sachgemäß. Auch Verfahrensvorschriften für den Bundesgerichtshof könnten durch Landesgesetz nicht beliebig geschaffen werden. Es müßten deshalb die für den Bundesgerichtshof geltenden gesetzlichen Verfahrensvorschriften übernommen werden, wie sie in der Rechtsbeschwerdeverordnung, der Verfahrensordnung für Landwirtschaftssachen und dem Freiwilligen Gerichtsbarkeitgesetz enthalten seien.

Während der Ausschußberatungen war das Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen vom 21. Juli 1953 verkündet worden. Diese Tatsache gab dem Landtagsausschuß Veranlassung, beide Gesetzentwürfe in einem Entwurf zusammenzufassen. Nach § 1 Abs. 4 dieses Entwurfs sollte der Bundesgerichtshof ohne Zuziehung von sachverständigen Beisitzern entscheiden. In der Ausschußberatung (Kurzprotokoll über die erste Sitzung des Unterausschusses des Ausschusses für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten am 14. Oktober 1953, Nr. 1490/53) wurde auch die Zusammensetzung des Bundesgerichtshofs

erörtert. ORRat Dr. Johae (vom Ministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten) wies darauf hin, daß beim Bundesgerichtshof die Beisitzer hauptberufliche Landwirte seien. Durch Landesrecht könne man die für den Bundesgerichtshof geltenden Bestimmungen nicht ändern, sondern müsse sich mit der dort vorhandenen Zusammensetzung begnügen. Man habe deshalb vorgezogen, auf die Beisitzer überhaupt zu verzichten, was möglich sei. Auf den Hinweis des Abgeordneten Hegmann, daß an den Verhandlungen sachverständige Beisitzer teilnehmen müßten, gaben der Vertreter des Justizministeriums und der Abgeordnete Dufhues eine Begründung dafür, warum man von der beim Bundesgerichtshof bestehenden Zusammensetzung nicht abweichen könne. Sie bemerkten dazu, die Verhandlungen könnten nämlich nur mit zwei Beisitzern aus dem Kreise der hauptberuflich tätigen Landwirte oder ohne Beisitzer geführt werden. In der II. Lesung des Gesetzes vom 24. November 1953 (S 3466 der Landtagsprotokolle Nordrhein-Westfalen) hat der Abgeordnete Dufhues als Berichterstatter des Ausschusses für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten und des Justizausschusses erklärt: Wenn die Regelung des Bundesgesetzes über das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen übernommen werde, habe das zur Folge, daß der Bundesgerichtshof ausschließlich unter Mitwirkung von hauptberuflichen Landwirten - im wesentlichen also von Eigentümern - würde entscheiden müssen. Eine solche Regelung hätte einem Grundprinzip in der Frage der Besetzung der Amts- und Oberlandesgerichte nicht Rechnung getragen. Andererseits sei man aus rechtlichen Gründen nicht in der Lage, eine Formulierung aufzunehmen, die die Bestimmungen über die Zusammensetzung der Senate des Bundesgerichtshofs geändert hätte. Der Landesgesetzgeber könne zwar in Angelegenheiten, die durch Landesgesetz zu regeln seien, die Anrufung des Bundesgerichtshofs zulassen. Er habe aber nicht die Möglichkeit, die Zu-

sammensetzung der Senate des Bundesgerichtshofs zu ändern. Der Entwurf ist dann am 24. November 1953 in II. und III. Lesung in der oben wiedergegebenen Fassung des § 1 Abs. 4 vom Landtag verabschiedet und Gesetz geworden. Diese Bestimmung kann nicht dahin verstanden werden, daß über die Rechtsbeschwerde in Bodenreformsachen etwa ein Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in der Besetzung von drei Mitgliedern zu entscheiden habe. Eine solche Besetzung ist zwar im Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen vorgesehen. Grundsätzlich entscheidet der Bundesgerichtshof im Verfahren in Landwirtschaftssachen in der Besetzung von drei Mitgliedern mit Einschluß des Vorsitzenden und zwei landwirtschaftlichen Beisitzern (§ 2 Abs. 2 LwVG) und nur ausnahmsweise (in den Fällen des § 20 LwVG) ohne Zuziehung landwirtschaftlicher Beisitzer. Die Länder haben lediglich die Befugnis zu bestimmen, daß die Entscheidung über die Erteilung eines Erbscheins ebenfalls ohne Zuziehung landwirtschaftlicher Beisitzer erfolgen kann (§ 20 Abs. 3 LwVG). Der Gesetzgeber ist sich beim Erlaß des Gesetzes über das gerichtliche Verfahren in Bodenreformsachen, wie sich aus den Beratungen in den zuständigen Ausschüssen und im Landtag ergibt, klar erkennbar bewußt gewesen, daß er eine von den bundesgesetzlichen Bestimmungen abweichende Regelung nicht treffen konnte. Diese Tatsache widerspricht der Annahme, daß der Landesgesetzgeber für das Rechtsbeschwerdeverfahren in Bodenreformsachen eine Besetzung des Bundesgerichtshofs vorgeschrieben habe, die nur für die Fälle des § 20 LwVG vorgesehen ist (aA Pritsch, Das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen, Berlin (Franz Vahlen) 1955, § 2 Bem E III)."

2. Beispiel

BGHZ 39, 299 (301-305): "Nach Auffassung des Beschwerdegerichts fällt unter § 4 Nr. 2 GrdstVG auch der Grund-

stückserwerb von Untergliederungen der Religionsgesellschaften. Gleicher Meinung sind Lange (Grundstückverkehrsgesetz § 4 Anm. 2) und Müller (ZEVR 8, 360, 365 Fußn. 13). Das Oberlandesgericht Celle läßt von der Vorschrift auch die einzelnen Kirchengemeinden, die selbständige Vermögensträger im Rahmen der Landeskirche sind, erfaßt sein (RdL 1962, 70; vgl. ferner Herminghausen, DNotZ 1962, 480). Aus der Entstehungsgeschichte des Grundstückverkehrsgesetzes ergibt sich, daß der Gesetzgeber die Genehmigungsfreiheit auf den Grundstückserwerb seitens der Religionsgesellschaften (im engeren Sinne) und der Kirchengemeinden beschränkt und nicht auch auf den Erwerb seitens weiterer Untergliederungen wie Stiftungen, kirchliche Anstalten, Orden usw. ausgedehnt wissen wollte (so auch Pikalo/Bendel, Grundstückverkehrsgesetz S. 388 Anm. 3).

Der Regierungsentwurf der Bundesregierung sah eine Genehmigungsfreiheit weder für Gemeinden und Gemeindeverbände noch für Religionsgesellschaften vor; er enthielt für die Gemeinden auch nicht die Sonderregelung des § 8 Nr. 1 des Gesetzes (Deutscher Bundestag, 3. Wahlperiode, Drucksache 119, Anl. 1). In seiner Stellungnahme regte der Bundesrat eine Ausdehnung der Genehmigungsfreiheit auf Gemeinde und Gemeindeverbände an und fügte den Vorschlag bei, Genehmigungsfreiheit auch für ausschließlich kirchlichen, gemeinnützigen oder mildtätigen Zwecken dienende Körperschaften, Anstalten oder Stiftungen des öffentlichen Rechtes, für mit den Rechten einer Körperschaft des öffentlichen Rechts ausgestattete Religionsgesellschaften und für den Aufgaben einer solchen Religionsgesellschaft dienende rechtsfähige Anstalten, Stiftungen oder Personenvereinigungen als Vertragsteile an der Veräußerung eines Grundstücks zu gewähren. Nach seiner Auffassung sei die Beschränkung der Ausnahme von der Genehmigungspflicht auf den Bund und die Länder zu eng.

Eine Aufhebung dieser Beschränkung sei für die mit den Rechten einer Körperschaft des öffentlichen Rechtes ausgestatteten Religionsgesellschaften und die ihren Aufgaben dienenden Anstalten und Stiftungen ebenso notwendig wie für Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechtes, die ausschließlich allgemeinen kirchlichen, gemeinnützigen oder mildtätigen Zwecken zu dienen bestimmt seien. Bei allen genannten Rechtsträgern sei die Gewähr gegeben, daß der Grundbesitz nach sozialen und agrarwirtschaftlichen Gesichtspunkten verwaltet werde. Diese Einrichtungen seien im übrigen erst dadurch in die Genehmigungspflicht einbezogen worden, daß in der nationalsozialistischen Zeit die Grundstücksverkehrsbekanntmachung dahin abgeändert worden sei, daß die bis dahin geltende Freistellung allgemein für öffentlichrechtliche Körperschaften aufgehoben worden sei (Bundestagsdrucksache a.a.O. Anlage 2). Die Bundesregierung hat sich gegen diesen Vorschlag nicht gewandt. In den Beratungen des Ausschusses für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten des Bundestags stand die vom Bundesrat vorgeschlagene Fassung zur Diskussion (39. Sitzung dieses Ausschusses vom 4. März 1959, Protokoll Nr. 39 S. 4 ff). In der Aussprache wurde zunächst die Frage erörtert, ob die Kirchen, Anstalten, Stiftungen generell von der Genehmigungspflicht auszunehmen seien. Eine solche Regelung ging dem Ausschuß zu weit. Er tendierte zu der Meinung, die Freistellung von der Genehmigung auf die als Körperschaften des öffentlichen Rechts anerkannten Religionsgesellschaften zu beschränken, jedoch mit der Ausnahme, daß der Erwerb eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebs der Genehmigung unterliegen solle. In der 81. Sitzung des Ausschusses vom 21. September 1960 (Protokoll Nr. 81/82 S. 5 f) wurde die in die Fassung des Gesetzes (§ 4 Nr. 2) übergegangene Regelung angenommen, ein weiter gehender Änderungsantrag abgelehnt. In dem schriftlichen Bericht des Ausschusses

an das Plenum wird ausgeführt: Durch die Freistellung der öffentlichrechtlichen Religionsgesellschaften werde der Rechtszustand wiederhergestellt, der vor der nationalsozialistischen Herrschaft bestanden habe. Dies rechtfertige sich aus der Erwägung, daß die Kirchen ihren Grundbesitz nach sozialen Gesichtspunkten verwalten und ihn von alters her bevorzugt zur Beseitigung agrarstruktureller Mängel langfristig verpachteten. Aus diesem Grunde erscheine es insbesondere entbehrlich, Landzuwendungen, die den Kirchen aus religiösen Gründen gemacht werden, von einer behördlichen Genehmigung abhängig zu machen. Um jedoch den Kreis der genehmigungsfreien Rechtsgeschäfte nicht bis zur Unübersichtlichkeit auszuweiten, müsse die Genehmigungsfreiheit auf die Religionsgesellschaften beschränkt bleiben, die öffentlichrechtliche Körperschaften seien. Für den Erwerb eines ganzen Betriebes gelte jedoch die Freistellungs-vorschrift nicht (Deutscher Bundestag, 3. Wahlperiode, Drucksache 2635, Bericht und Gesetzesentwurf).

Der Bundesrat hielt demgegenüber an seinem früheren Vorschlag fest und rief den Vermittlungsausschuß an. Er schlug folgende Fassung des § 4 Nr. 2 vor:

'Die Genehmigung ist nicht notwendig, wenn

1. ...

2. eine mit den Rechten einer Körperschaft des öffentlichen Rechts ausgestattete Religionsgemeinschaft oder eine den Aufgaben einer solchen Religionsgemeinschaft dienende rechtsfähige Anstalt, Stiftung oder Personenvereinigung ein Grundstück erwirbt, es sei denn, daß es sich um einen land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb handelt.'

Der Bundesrat meinte, es genüge nicht, die mit den Rechten einer Körperschaft des öffentlichen Rechtes ausgestatteten Religionsgesellschaften als solche von der Genehmigungspflicht freizustellen, weil Inhaber der örtlichen Kirchen- und Pfarrvermögen weithin nicht die Kir-

chengemeinden selbst, sondern ihnen dienende, rechtlich aber selbständige Vermögensträger (Stiftungen, Anstalten und Personenvereinigungen) seien. Wegen dieser engen vermögensmäßigen Verzahnung müßten auch diese kirchlichen Vermögensträger in die Freistellung von der Genehmigungspflicht einbezogen werden. Im übrigen werde erst damit die mit der Neufassung der Grundstücksverkehrsbekanntmachung vom 26. Januar 1937 durch den Nationalsozialismus beseitigte Genehmigungsfreiheit im kirchlichen Bereich wiederhergestellt (Deutscher Bundestag, 3. Wahlperiode, Drucksache 2732).

Der Vermittlungsausschuß hat jedoch den Vorschlag des Bundesrates nicht gebilligt (Deutscher Bundesrat, Drucksache 1961 Nr. 251/61; Deutscher Bundestag, 3. Wahlperiode, Drucksache 2821 nebst Anlage). In seinem mündlichen Bericht vor dem Bundesrat führte der Berichterstatter hierzu aus, der Vorschlag des Bundesrates, wonach öffentlichrechtliche Religionsgesellschaften von der Genehmigungspflicht weitgehend freigestellt werden sollten, sei vom Vermittlungsausschuß nicht gebilligt worden. Eine solche Ausweitung sei als nicht erforderlich und als auch hier mit den Zielen des Gesetzes nicht vereinbar abgelehnt worden (Deutscher Bundesrat, Sitzungsbericht 1961, 234. Sitzung vom 16. Juni 1961, Bericht Nr. 234, S. 153 B). Dem Vorschlag des Vermittlungsausschusses entsprechend haben es dann der Bundestag in seiner 162. Sitzung vom 14. Juni 1961 und der Bundesrat in der erwähnten Sitzung vom 16. Juni 1961 bei der schon vorher vom Bundestag beschlossenen Regelung belassen und damit die Fassung des Gesetzes, wie sie nunmehr vorliegt, beschlossen.

Aus dieser Entstehungsgeschichte ergibt sich klar, daß sich der Gesetzgeber der Besonderheiten auf dem Gebiete des kirchlichen Vermögensrechtes bewußt war, im besonderen, daß die Kirchenvermögen weitgehend nicht im Eigentum der Religionsgesellschaften (Landeskirchen und

Kirchengemeinden) stehen, vielmehr Vermögensmassen bilden, die dem Vermögen der Religionsgesellschaften eingliedert und gewidmet sind, ihnen dienen, weitgehend ihrer Verwaltung unterstehen, aber doch selbständige Vermögensträger in Form von öffentlichrechtlichen Stiftungen, Anstalten oder Körperschaften darstellen. Wenn der Gesetzgeber, um den Kreis der genehmigungsfreien Rechtsgeschäfte nicht bis zur Unübersichtlichkeit auszudehnen, die Genehmigungsfreiheit auf den Grundstückserwerb der Religionsgesellschaften beschränkt wissen wollte, so muß dies bei der Auslegung des Gesetzes beachtet werden. Demnach wird von der Genehmigungsfreiheit der Unterländer Evangelische Kirchenfonds als Untergliederung der Evangelischen Landeskirche Badens nicht erfaßt. Angesichts der in der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ganz allgemein zum Ausdruck gekommenen Absicht des Gesetzgebers läßt sich dieses Ergebnis nicht vermeiden, wobei es in diesem Zusammenhang nicht von Bedeutung ist, ob sich kirchliches Vermögen mehr in der Hand von kirchlichen Stiftungen und Anstalten als im unmittelbaren Eigentum der Landeskirche befindet."¹⁾

4. Schlußfolgerungen aus immer wieder feststellbaren entstehungsgeschichtlichen Vorgängen

a) Änderung bzw. Streichung von Entwurfsbestimmungen

In der Entscheidungssammlung BGHZ sind in reichlichem Maße Judizien enthalten, in denen der Bundesgerichtshof die Tatsache der Abänderung oder der Streichung einer Entwurfsbestimmung argumentativ verwertet. Neben den im Rahmen dieser Fallgruppe nicht einschlägigen Entscheidungen, in denen der Grund für die Strei-

1) Weitere Beispiele: BGHZ 46, 190 (192 ff); 47, 1 (4 ff); 80, 311 (316 ff).

chung bzw. Änderung in den Gesetzesmaterialien ausdrücklich genannt ist¹⁾, finden sich in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch etliche Entscheidungen, in denen der erkennende Senat selbst seine Schlußfolgerungen zieht.

1. Beispiel

BGHZ 23, 377 (390/391): "Tatsache ist allerdings, daß § 2 Abs. 3 des Regierungsentwurfs (BT-Drs. ...) eine Enteignung von Gelände, das für örtliche Verkehrsflächen und für örtliche Gebäude benötigt wurde, nur dann vorsah, 'wenn die Bereitstellung für die Bewohner von Wohngebäuden, die nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes errichtet werden, notwendig' war. Eine derartige Einschränkung ist in § 2 Buchst. c des Gesetzes nicht mehr enthalten. Diese Tatsache allein erlaubt jedoch keineswegs den Schluß, daß der Gesetzgeber auf jeden Zusammenhang mit dem Zweck des Baulandbeschaffungsgesetzes, nämlich der Förderung des Wohnungsbaues und der Verbindung breiter Volksschichten mit dem Grund und Boden, verzichtet hätte. Denn es ist zu berücksichtigen, daß der Regierungsentwurf noch keinerlei zusammenfassende Bestimmung über den Zweck des Gesetzes enthielt, wie sie dem Gesetz später in § 1 Abs. 1 vorangestellt wurde. Der § 1 des Regierungsentwurfs bestimmte vielmehr nur den Begriff der Enteignung. Im Regierungsentwurf war daher bei der Abfassung des Tatbestands für 'Gemeinbedarfsenteignungen' eine auf den Zweck der Enteignung hinweisende Einschränkung noch unbedingt erforderlich. Das Weglassen eines derartigen Zusatzes in § 2 Buchst. c des Gesetzes bringt also nicht den Willen zu einer sachlichen Änderung zum Ausdruck, sondern kann

1) Beispiele: BGHZ 49, 308 (316); 63, 240 (250) (Streichung); 64, 173 (175).

sehr wohl lediglich die Bedeutung haben, daß der Gesetzgeber die Beibehaltung der früheren Einschränkung an dieser Stelle deshalb nicht mehr für erforderlich hielt, weil der Zweck des Gesetzes nunmehr in § 1 Abs. 1 herausgestellt war."

Besonders bemerkenswert ist dabei, daß die abweichende Literaturmeinung gerade damit begründet worden ist, daß die Streichung des in der Regierungsvorlage enthaltenen Zusammenhangserfordernisses mit voller Absicht als sachliche Entscheidung gewollt gewesen und diese Entscheidung nicht leicht genommen worden sei, wobei es sich bei dem Vertreter der Gegenmeinung sogar noch um einen an der fraglichen Gesetzgebungsarbeit Beteiligten handelte¹⁾.

2. Beispiel

BGHZ 52, 243 (246 ff): "Die überwiegende Meinung unterscheidet zwischen einem mietähnlichen und einem eigentumsähnlichen (eigentumsvertretenden) Dauerwohnrecht und hält bei ersterem die Mietpreisbindung für gegeben, beim letzteren nicht (...). Diese Auffassung kann für sich aus den Gesetzesmaterialien den Schriftlichen Bericht des zuständigen (32.) Bundestagsausschusses ins Feld führen, der als 'ähnliches Nutzungsverhältnis' im Sinne des vom Ausschuß entworfenen § 33 des 1. BMG neben dem genossenschaftlichen Nutzungsverhältnis ausdrücklich das mietähnliche Dauerwohnrecht anführt (zu BT-Drucks. ...). ... Dem steht eine andere Auffassung gegenüber, die für jede Art von Dauerwohnrecht die Mietähnlichkeit und damit die Geltung des öffentlichen Mietpreisrechts verneint (...). Diese Ansicht beruft sich darauf, Sie hebt weiter ab auf die Einengung des Wortlauts jener Vorschrift des 1. BMG (§ 33) gegenüber der ursprünglichen

1) Vgl. a.a.O., S. 391.

Fassung des Regierungsentwurfs vom 5. Januar 1955 (BT-Drucks. ...), der in zwei Vorschriften (§ 18 und § 25 Abs. 1) die entsprechende Anwendung seiner Vorschriften auf 'sonstige entgeltliche Nutzungsverhältnisse über Räume' oder die 'sonstige entgeltliche Nutzung von Wohnraum' vorgesehen hatte.

II. Der Senat hat die Frage im Urteil vom 5. März 1965, ... offengelassen. Er tritt der verneinenden Auffassung bei. § 33 des 1. BMG unterstellt der Mietpreisbindung nach seinem eindeutigen Wortlaut, abweichend von § 18 und § 25 des Regierungsentwurfs und erst recht von dem gegenständlich noch viel umfassenderen § 31 des I. WoBauG 1953, nicht alle entgeltlichen Nutzungsverhältnisse, sondern nur die miet- oder pachtähnlichen. Miete und Pacht sind schuldrechtliche Rechtsverhältnisse. Das Dauerwohnrecht ist dagegen ein dingliches Recht, nämlich eine Art Dienstbarkeit an einem Grundstück oder, wie im vorliegenden Fall, an einem Erbbaurecht, mit dem Inhalt, unter Ausschluß des Eigentümers eine bestimmte Wohnung in einem Gebäude auf dem Grundstück zu bewohnen oder in anderer Weise zu nutzen (§§ 31, 42 WEG)."

Bereits diese beiden Beispiele machen deutlich, daß die Tatsache einer Abweichung des Gesetzeswortlauts von der entsprechenden Entwurfsbestimmung durchaus unterschiedlich gewürdigt werden kann¹⁾.

Dies eröffnet dem Bundesgerichtshof die Möglichkeit, im Einzelfall die der von ihm bevorzugten Auslegungsalternative jedenfalls nicht entgegenstehende Würdigung vorzunehmen.

1) Vgl. beispielsweise noch BGHZ 48, 273 (276/277): (Abweichung hat nach Ansicht des Dienstgerichts nur sprachliche Gründe) einerseits und BGHZ 9, 104 (107/108); 12, 197 (201): (Gerade auch die Abweichung vom Entwurf bringt zum Ausdruck ...) andererseits.

b) Ablehnung von Anträgen

Verschiedentlich hatte sich der Bundesgerichtshof auch mit der Frage zu befassen, wie die Ablehnung eines Antrags im Gesetzgebungsverfahren zu bewerten sei.

1. Beispiel

BGHZ 23, 377 (385): "Hinzuweisen ist schließlich noch darauf, daß der Gesetzgeber eine Freistellung der Enteignungsbehörde vom Anwaltszwang offensichtlich selbst nicht beabsichtigt hat. Aus dem Zusammenhang der Sätze 2 und 3 des § 37 Abs. 1 BLBG ist vielmehr zu schließen, daß er der Enteignungsbehörde nur die Beteiligtenstellung einräumen wollte wie jedem anderen Beteiligten auch. Außerdem ist es bezeichnend, daß bei den Beratungen des Baulandschaffungsgesetzes Anträge, die Enteignungsbehörde - und ebenso auch die beteiligten Gemeinden - vom Anwaltszwang ausdrücklich freizustellen, zwar gestellt (vgl. § 32 Abs. 3 des Entwurfs in der vom Rechtsausschuß beschlossenen Fassung; ferner Antrag Dr. Kopf zu § 37 Abs. 1 des Gesetzes anläßlich der zweiten Lesung im Plenum des Bundestages, Sitzung vom 11. Juni 1953, Stenographische Berichte Band 16 S. 13361), aber abgelehnt worden sind.

Nichts deutet in den Gesetzesmaterialien darauf hin, daß die Ablehnung deshalb erfolgt wäre, weil man für die Enteignungsbehörde die Freistellung vom Anwaltszwang für selbstverständlich hielt (vgl. insbesondere die Beratung in der Sitzung des Ausschusses für Bau- und Bodenrecht vom 14. Januar 1953, Protokoll Nr. 115, S. 2-4)."

2. Beispiel

BGHZ 50, 63 (68/69): "Die weitere Auslegung der Vorschrift erhält dagegen ihre Bestätigung in der Entstehungsgeschichte, auf die vornehmlich die ihr zustim-

menden Autoren abheben. Der Wortlaut der Gebhard'schen Entwürfe (§ 30), nach dem das Recht des Gebietsstaats insoweit anzuwenden war, wie Gegenstände nach dem Recht dieses Staates 'als von dem Gesamtvermögen ausgesonder- te Vermögensgegenstände zu betrachten sind, oder sonst unter ihnen eigentümlichen einer abweichenden Beurteilung erheischenden Vorschriften stehen', läßt keinen Zweifel darüber, daß neben Sachnormen auch Kollisionsnormen des Gebietsstaats gemeint sind. Der Wortlaut des ersten Kommissionsentwurfs (§ 22) entspricht sodann zwar dem von Art. 28 EGBGB, woraus sich nicht mehr mit Bestimmtheit die Anwendung auch der Kollisionsnormen des Gebietsstaates schließen läßt. Ein sicherer Hinweis, daß auch sie unter die 'besonderen Vorschriften' fallen sollen, ist jedoch dem Kommissionsprotokoll über die Beratung des § 22 zu entnehmen (Mugdan, Materialien zum BGB, Band I, S. 302): Die Kommission lehnte, als sie diese Bestimmung annahm, einen Antrag ab, der darauf hinzielte, die Anwendung fremden Rechts dann auszuschließen, wenn, wie am Beispiel des französischen Rechts erörtert wurde, nach diesem Recht Grundstücke nach der *lex rei sitae* vererbt werden, während die Erb- erbung in den beweglichen Nachlaß nach einem anderen Recht stattfindet (vgl. Melchior, a.a.O.). Das macht deutlich, daß der Gesetzgeber unter den 'besonderen Vor- schriften' auch Kollisionsnormen des Gebietsstaats be- rücksichtigt wissen wollte.

Arndt (bei Erman a.a.O.) geht daher zutreffend davon aus, daß die Gebhard'sche Formel später offenbar ohne die Absicht sachlicher Änderung in 'besondere Vor- schriften' zusammengezogen worden sei."

Neben Fällen, in denen der Bundesgerichtshof aus der Ablehnung eines Antrags folgert, daß dessen Inhalt da-

mit aus dem endgültigen Gesetz ausgeschieden sei¹⁾, finden sich aber auch Entscheidungen, die deutlich machen, daß aus der Ablehnung eines Antrags keineswegs immer der Schluß gezogen werden muß, daß dessen Inhalt mit dem Willen des Gesetzes unvereinbar sei.

Beispiel

BGHZ 40, 71 (73 ff): "Für die Ansicht des Berufungsgerichts, daß der Unternehmer, von den oben genannten Ausnahmen abgesehen, die Gefahr des noch nicht abgenommenen Werks trägt, spricht auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. In den Beratungen über den Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist beantragt worden, in den § 577 des Entwurfs, der dem § 645 des Gesetzes entspricht, die Bestimmung aufzunehmen, daß der Unternehmer den dort eingeräumten Anspruch auch haben solle, wenn das Werk 'infolge eines bei dem Besteller eingetretenen Umstandes' untergehe (Protokolle Bd. II S. 332). Der Antrag wurde abgelehnt aus den Erwägungen, eine Verallgemeinerung der im Entwurf vorgesehenen Ausnahmen sei nicht zu rechtfertigen, der Begriff des 'bei dem Besteller eingetretenen Umstandes' entbehre der notwendigen Bestimmtheit und sei nicht praktikabel (a.a.O., S. 334). Gleichfalls wurde ein Antrag abgelehnt, dem Unternehmer bei Untergang des Werks 'infolge höherer Gewalt' einen Vergütungsanspruch zuzubilligen (a.a.O., S. 335). Gleichwohl ist in der Rechtslehre schon früh die Regelung, daß der Unternehmer auch in den Fällen, wo das Werk aus einem im Bereich des Bestellers liegenden Grunde untergeht, jedes Anspruchs auf die Vergütung beraubt wird, als unbillige Härte und als nicht im Willen des Gesetzes liegend angesehen worden (vgl. ...) ... Der wohl überwiegende Teil des neueren Schrifttums billigt

1) Vgl. etwa noch BGHZ 2, 16 (19/20).

dem Unternehmer einen Anspruch zu, sei es denjenigen auf die vereinbarte Vergütung oder doch einen solchen auf einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung (wie in § 645 BGB), wenn das Werk infolge eines Umstandes untergeht, der der 'Sphäre', dem 'Risikobereich' des Bestellers zuzurechnen ist (...). Es braucht hier nicht entschieden zu werden, ob in allen Fällen, in denen der Grund für den Untergang des Werks im Bereich des Bestellers zu suchen ist, der Unternehmer, abweichend von der Regel des § 644 Abs. 1 Satz 1 BGB, einen Anspruch auf Vergütung hat. Ihm einen solchen Anspruch zuzubilligen, ist aber dann gerechtfertigt, wenn eine Handlung des Bestellers das Werk in einen Zustand oder in eine Lage versetzt hat, die eine Gefährdung des Werks mit sich gebracht hat und ursächlich für seinen schließlichen Untergang geworden ist. Dieser Fall steht den in § 645 BGB geregelten Tatbeständen, bei denen der Untergang auf dem Mangel eines vom Besteller gelieferten Stoffes oder auf einer von ihm erteilten Anweisung beruht, darin nahe, daß der Besteller selbst die Gefahr für den Untergang des Werkes erhöht hat und daß ohne diese Erhöhung der Gefahr das Werk nicht untergegangen wäre. In einem solchen Falle ist eine entsprechende Anwendung des § 645 BGB geboten,"

Trotz der entgegenstehenden Gesichtspunkte aus der Entstehungsgeschichte hat sich der 7. Senat hier also nicht daran gehindert gesehen, mit Hilfe eines Analogieschlusses doch zu dem von ihm für billig erachteten Auslegungsergebnis zu gelangen¹⁾.

1) In der Entscheidung BGHZ 60, 14 (19) verweist der gleiche Senat auf seine Darlegungen in BGHZ 40, 71 ff. Wegen der vergleichbaren Interessenlagen wird dann auch in diesem Falle eine entsprechende Anwendung des § 645 BGB für geboten erachtet.

II. Häufiger vorkommende Argumentationssituationen

Entsprechend der Vorgehensweise im vorhergehenden Kapitel bietet es sich an, auch die Darstellung einiger in der Auslegungspraxis des Bundesgerichtshofs immer wieder feststellbarer Argumentationssituationen mit ausgewählten, instruktiven Beispielen zu illustrieren.

1. Verwendung von doppelten Negationen

In einer Vielzahl von Entscheidungen sucht der Bundesgerichtshof ein bereits anderweitig gefundenes Auslegungsergebnis noch zusätzlich mit entstehungsgeschichtlichen Erwägungen zu untermauern.

Sehr häufig finden sich dabei Wendungen wie "Das Ergebnis steht nicht in Widerspruch bzw. ist nicht unvereinbar mit der Entstehungsgeschichte" oder "Aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich nichts Gegenteiliges", wobei es bei genauer Betrachtung nicht gerade den Anschein hat, als ob die doppelte Verneinung als gleichwertiger Ersatz für die entsprechende positive Aussage beabsichtigt ist.

1. Beispiel

BGHZ 42, 182 (192): "Dieses aus dem Wortlaut sowie aus dem Sinn und Zweck des Gesetzes gewonnene Ergebnis steht auch nicht im Widerspruch zur Entstehungsgeschichte des § 1371 BGB. Der (bei ... abgedruckte) schriftliche Ausschlußbericht des Bundestages spricht vielmehr damit, daß in ihm ein Wahlrecht des Ehegatten im Falle des § 1371 Abs. 2 BGB nicht erwähnt ist, für die hier vorgenommene Auslegung des Gesetzes, zumindest ergibt sich aus ihm nichts gegen die erfolgte Auslegung."

2. Beispiel

BGHZ 43, 396 (399): "Aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ergibt sich nichts Gegenteiliges, wie im angefochtenen Urteil unter Würdigung der Amtlichen Begründung zur Novelle 1898, durch die die Vorschrift in die Zivilprozeßordnung aufgenommen wurde, ausgeführt ist. Hier ist lediglich dargelegt, daß ... (Hahn, Materialien ...)."

Es kommt dem Bundesgerichtshof offensichtlich darauf an, die in diesen Fällen¹⁾ für die zu entscheidende Frage eigentlich nicht sehr ergiebigen Gesetzesmaterialien doch in irgendeiner Form für seine eigene Vorgehensweise in die Waagschale legen zu können²⁾.

2. "Kein Anhaltspunkt für die gegenteilige Auffassung"

Relativ häufig ist auch die Argumentation anzutreffen, den Gesetzesmaterialien seien keinerlei Anhaltspunkte für eine dem Auslegungsergebnis des Bundesgerichtshofs widersprechende Auffassung zu entnehmen.

Es handelt sich dabei meist um Fälle, in denen der Bundesgerichtshof zunächst darlegt, daß die streitige Rechtsfrage in Rechtsprechung bzw. Literatur unterschiedlich beurteilt wird, er sich dann einer Meinung

1) Weitere Beispiele: BGHZ 49, 90 (94): "Die Entstehungsgeschichte steht zu der hier vertretenen Auffassung zum mindesten nicht in Widerspruch"; 49, 221 (225): "Das Ergebnis ist nicht unvereinbar mit den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte"; 55, 359 (362): "Jedenfalls ist den genannten Materialien nicht das Gegenteil zu entnehmen."

2) So auch Honsell, a.a.O., S. 107 im Hinblick auf die Methode des Reichsgerichts.

anschließt und mit der genannten vagen Argumentation versucht, aus den wenig ergiebigen Gesetzesmaterialien noch ein Argument für seine Auffassung zu gewinnen.

1. Beispiel

BGHZ 58, 280 (284/285): "Die Frage, ob bei einer chemischen Stoffe-erfindung die Angaben über den technischen oder therapeutischen Effekt des Stoffes in den ursprünglichen Anmeldungsunterlagen offenbart werden müssen oder ob diese Angaben im Laufe des Erteilungsverfahrens nachgebracht und dann auch geändert oder gewechselt werden können, ist in der patentrechtlichen Literatur umstritten. Wie der angefochtene Beschluß des Beschwerdesenats verlangen unter anderem ... die Offenbarung des patentbegründenden technischen oder therapeutischen Effekts des chemischen Stoffes bereits in den ursprünglichen Anmeldungsunterlagen. Demgegenüber vertreten unter anderem ... den Standpunkt, daß die Angaben zum technischen oder therapeutischen Effekt des chemischen Stoffes nicht in den ursprünglichen Anmeldungsunterlagen offenbart zu werden brauchen, sondern im Laufe des Erteilungsverfahrens nachgebracht werden können.

Diese Frage wäre im Sinne der erstgenannten Meinung zu entscheiden, wenn sich der Gesetzgeber bei der Abschaffung des Verbotes der Patentierung der auf chemischem Wege hergestellten Stoffe (§ 1 Abs. 2 Ziff. 2 PatG alter Fassung) durch das Patentänderungsgesetz vom 4. September 1967 zugleich für die Einführung eines zweckgebundenen Stoffschutzes entschieden hätte. Das ist jedoch nicht der Fall. Die Gesetzesmaterialien geben keinerlei Anhalt in der Richtung, daß die Abschaffung des sog. Stoffschutzverbotes mit einer Entscheidung über die schon vorher aufgeworfene Kontroverse, ob ein Stoffschutz für chemische Stoffe zweckgebunden oder absolut sei, zugunsten eines zweckgebundenen Stoffschutzes verknüpft werden sollte."

2. Beispiel

BGHZ 82, 132 (134 ff): "Die Rechtsfrage ist umstritten. ... Nach Auffassung des Senats ...

Allerdings soll nach Massfeller/Reinicke (a.a.O.) der Gesetzgeber von einer Regelung, wie sie für die Auskunftspflicht eines Erben besteht, vor allem deshalb abgesehen haben, 'weil er die unentgeltliche Zuwendung in gleicher Weise behandeln wollte wie die Verschwendung und die Schiebung und ihm eine Auskunftspflicht für diese Fälle nicht angebracht erschien'. Die Gesetzesmaterialien enthalten dafür aber keinerlei Anhalt. Aus ihnen ergibt sich nur, daß"

Die Ähnlichkeit dieser Argumentationsweise mit den Fällen der Verwendung doppelter Negationen dürfte unverkennbar sein.

Die Gesetzesmaterialien werden als nicht für die abweichende Auffassung sprechend dargestellt, obwohl ihnen offenbar auch nichts Wesentliches für die vom Bundesgerichtshof gewählte Auslegungsalternative entnommen werden kann¹⁾.

Beim zweiten Beispiel wird die Fragwürdigkeit der Argumentation noch dadurch gesteigert, daß es sich bei den vom erkennenden 9. Senat genannten Vertretern der Gegenmeinung, die sich auf die gesetzgeberischen Absichten berufen, sogar um Beteiligte am Gesetzgebungsverfahren handelte²⁾.

-
- 1) Weitere Beispiele: BGHZ 16, 101 (104); 62, 154 (156/157); 83, 35 (37).
Besonders deutlich wird die Unergiebigkeit der Materialien noch in der Entscheidung BGHZ 23, 1 (3): "Die amtliche Begründung gibt keine Anhaltspunkte dafür, daß der Gesetzgeber von der gegenteiligen Auffassung ausgegangen sei. Vielmehr heißt es darin nur"
 - 2) Wohl deshalb erklärt der Bundesgerichtshof in diesem Urteil zu Beginn seiner diesbezüglichen Darlegungen die Entstehungsgeschichte ausdrücklich für unergiebig.

3. Übergehen des offengelegten entstehungsgeschichtlichen Arguments der Gegenmeinung

In etlichen Entscheidungen weist der Bundesgerichtshof ausdrücklich darauf hin, daß sich die Gegenmeinung auf die Gesetzesmaterialien bzw. die Entstehungsgeschichte beruft, hält es dann aber nicht für nötig, sich in irgendeiner Form mit dem entstehungsgeschichtlichen Argument auseinanderzusetzen.

1. Beispiel

BGHZ 31, 337 (339/340): "Das Reichsgericht stützt sich darauf, daß nach der Konkursordnung die abgesonderte Befriedigung unabhängig vom Konkursverfahren erfolgt (§ 4 Abs. 2 KO). Es weist darauf hin, daß § 65 KO nicht im Verhältnis des Gläubigers zum Bürgen und zum Gesamtschuldner gilt (vgl. RGZ 3, 356). Es beruft sich ferner auf die Entstehungsgeschichte der Konkursordnung. Die Begründung des Reichsgerichts ist nicht zwingend. ... Entscheidend ist, daß die Auffassung des Reichsgerichts zu unbefriedigenden Ergebnissen führen kann, wie auch Vertreter von dessen Auffassung zugeben (vgl. ...)."

(Zur Entstehungsgeschichte finden sich keine Darlegungen.)

2. Beispiel

BGHZ 83, 293 (298 ff): "Dagegen lehnen beispielsweise ... die Anwendbarkeit des § 279 ab (zweifelnd ...). Sie berufen sich auf die Gesetzgebungsmaterialien Der Senat hält § 279 BGB bei der verschärften Haftung des Bereicherungsschuldners gemäß §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 BGB für anwendbar. ... Vielmehr erscheint es allein sach- und interessengerecht ..."

(Ausführungen zu den Gesetzgebungsmaterialien beinhaltet die Entscheidungsbegründung nicht.)

Der Bundesgerichtshof geht also in diesen Fällen¹⁾ auf die Entstehungsgeschichte überhaupt nicht ein, sondern stellt kurzerhand entscheidend auf einen anderen, seine Auffassung stützenden Gesichtspunkt ab.

4. Schlußfolgerungen aus dem Schweigen des Gesetzgebers

Nicht selten zieht der Bundesgerichtshof unter gleichzeitiger Bezugnahme auf die Gesetzesmaterialien Schlußfolgerungen aus einem Schweigen des Gesetzgebers. Stellvertretend für die diesbezüglich einschlägigen Judizien können die folgenden beiden Urteile angeführt werden:

1. Beispiel

BGHZ 65, 384 (388): "An dieser Rechtsprechung ist entgegen der Kritik von Bartlsperger (...) festzuhalten. Sie steht insbesondere nicht mit den Bestimmungen des Bundeswasserstraßengesetzes ... im Widerspruch. Dessen strompolizeiliche Vorschriften (§§ 25 ff) entsprechen den herkömmlichen Grundsätzen des Polizeirechts. Ihre Aufnahme in das Gesetz ist erfolgt, 'um zu vermeiden, daß Bundesbehörden bei der Erhaltung der Bundeswasserstraßen als Verkehrswege auf die lebhaft umstrittene Anwendung von Landesrecht oder auf Gewohnheitsrecht angewiesen sind' (Begründung ..., BT-Drucks. V/352). Daß damit eine abschließende Regelung hinsichtlich aller Maßnahmen zur Beseitigung der von Dritten veranlaßten Schiffsahrtsgefahren erfolgen sollte, vermag der Senat diesen Vorschriften nicht zu entnehmen. Weder der

1) Vgl. z.B. noch BGHZ 21, 263 (264/265); 39, 5 (9 ff).

Gesetzestext noch die Entstehungsgeschichte geben in dieser Richtung etwas her.

Da dem Gesetzgeber die langjährige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Zulässigkeit privatrechtlichen Handelns der Klägerin beim Vorliegen einer Schiffsfahrtsgefahr nicht unbekannt gewesen sein dürfte, spricht sein Schweigen dafür, daß er diese Rechtslage nicht ändern wollte."

2. Beispiel

BGHZ 66, 104 (105 ff): "Das Berufungsgericht meint, das Schweigen des Gesetzgebers zu der Frage, ob die Geltendmachung übergegangener Schadensersatzansprüche nach § 4 LFZG gegen in häuslicher Gemeinschaft mit dem Verletzten lebende Familienangehörige ebenso wie im § 67 Abs. 2 VVG ausgeschlossen sein solle, deute nicht daraufhin, daß eine Übernahme dieses Rechtsgedankens habe ausgeschlossen werden sollen. Das ist richtig. Es handelt sich, wie der Entstehungsgeschichte des Gesetzes zu entnehmen ist, um eine Regelungslücke . . .

Angesichts dieser Entstehungsgeschichte wäre, worauf das Berufungsgericht mit Recht hinweist, zu erwarten gewesen, daß der Gesetzgeber eine etwaige Entscheidung gegen die in der Rechtsprechung sichtbar gewordenen Tendenzen ausdrücklich getroffen hätte; dies um so mehr, als die Frage nach dem gesetzlichen Übergang von Ersatzforderungen, die sich gegen Angehörige richten, von großer sozialer Bedeutung für die betroffene Familie ist."

Ein Schweigen des Gesetzgebers kann zuweilen als beredte und deutbare Reaktion auf eine judizielle Entwicklung aufgefaßt werden¹⁾.

1) So Köbl, a.a.O., S. 1022, im Hinblick auf das Sozialrecht.

Der Bundesgerichtshof jedenfalls wertet das Schweigen des Gesetzgebers zu einem vorgefundenen Rechts- bzw. Rechtsprechungszustand in den meisten Fällen¹⁾ als vorbehaltlose Billigung, zumindest jedoch als abwartendes Gewährenlassen²⁾.

5. Berufung auf die Andeutungstheorie

Um sich über eine ihm nicht ins Konzept passende Entstehungsgeschichte hinwegsetzen zu können, kommt dem Bundesgerichtshof in vielen Entscheidungen die schon vom Reichsgericht und vielfach auch in der Literatur vertretene sogenannte Andeutungstheorie gerade gelegen. Hiernach ist der Wille des Gesetzgebers nur dann zu berücksichtigen, wenn er im Wortlaut des Gesetzes einen, wenn auch unvollkommenen, Ausdruck gefunden hat.

1. Beispiel

BGHZ 62, 286 (289): "Der Senat sieht indessen keinen Anlaß, von der Rechtsprechung des Reichsgerichts abzuweichen. Dem Berufungsgericht ist allerdings zuzugeben, daß die Begründung des Entwurfs zur Zivilprozeßordnung (...) gegen die Auffassung des Reichsgerichts spricht. Grundlage der Auslegung ist indessen das Gesetz in der Form, in der es schriftlich niedergelegt ist. Ein Wille des

1) Weitere Beispiele: BGHZ 38, 380 (384): "Aus diesem Schweigen des Gesetzgebers kann aber nicht gefolgert werden, daß damit entgegen der bestehenden Übung die Eintragung akademischer Grade nicht mehr zulässig sein soll."
72, 23 (30): "Daß die Motive in diesem Punkt schweigen, ist nicht verwunderlich: Die besonderen Probleme der ... waren durch die Urteile des Reichsgerichts ... und das Schrifttum ... bereits im wesentlichen geklärt. Das Schweigen des Gesetzgebers ist 'beredt'"

2) Vgl. auch Köbl, a.a.O., S. 1022 (zur Rechtsprechung des Bundessozialgerichts).

Gesetzgebers, der in der schriftlichen Niederlegung keinen Ausdruck gefunden hat, braucht nicht berücksichtigt zu werden (BGH, Urteil vom ...)."

2. Beispiel

BGHZ 87, 191 (195/196): "Angesichts des eindeutigen Wortlauts des § 651 h Abs. 2 BGB erscheint es bereits zweifelhaft, ob bei der Auslegung der Vorschrift auf die Gesetzesmaterialien zurückgegriffen werden kann (vgl. hierzu ...). Dies kann jedoch dahingestellt bleiben. Auch wenn der Wille des Gesetzgebers berücksichtigt wird, führt eine Auslegung des § 651 h Abs. 2 BGB nämlich zu keinem anderen Ergebnis. ...

... (vgl. BT-Drucks. 8=2343 S. 12). Der Rechtsausschuß des Bundestages wollte mit der Vorschrift also auch den Ausschluß der Haftung des Reiseveranstalters zulassen. Er hat es aber unterlassen, dieses Begehren durch die gebotene Änderung oder Ergänzung der Vorschrift eindeutig zum Ausdruck zu bringen. Da der Wille des Gesetzgebers in der beschlossenen gesetzlichen Regelung keinen Niederschlag gefunden hat, ist im Hinblick auf den Wortlaut der Vorschrift und die Begründung zu dem ihr zugrundeliegenden Entwurf ein Ausschluß der Haftung des Reiseveranstalters von § 651 h Abs. 2 BGB somit nicht erfaßt. Dem Willen des Gesetzgebers, der im Gesetz nicht zum Ausdruck gekommen ist, kann deshalb keine Bedeutung beigemessen werden (vgl. ...)."

Zur Andeutungstheorie und den Bedenken, die gegen ihre Brauchbarkeit zu erheben sind, vgl. auch unten, 3. Teil II¹⁾.

1) Weitere Beispiele: BGHZ 41, 183 (186); 42, 32 (37); 44, 303 (306).

III. Die Intensität der Auseinandersetzung mit der Entstehungsgeschichte

Wie sich auch bereits im Kapitel über die Erscheinungsformen des entstehungsgeschichtlichen Arguments gezeigt hat, reicht die Skala der Intensität, mit der die entstehungsgeschichtlichen Aspekte entfaltet werden, vom Oberflächlichen (nachgestellter Klammerverweis) bis zum Tiefschürfenden (akribische Detailbehandlung)¹⁾.

Ein ganz markantes Beispiel für das zuerstgenannte Extrem bietet die Entscheidung BGHZ 38, 281 (282). In diesem Urteil vom 28. November 1962 führt der 5. Senat aus: "Durch die Anordnung der Nachlaßverwaltung verliert der Erbe auch in Bezug auf Nachlaßstreitigkeiten die Prozeßführungsbefugnis; sie steht dem Nachlaßverwalter zu (§ 1984 Abs. 1 Satz 3 BGB, vgl. § 241 Abs. 3 ZPO; RGZ 65, 287, 289; 72, 260, 261; auch einhellige Meinung im Schrifttum, vgl. u.a. Staudinger/Lehmann, BGB 11. Auflage, § 1984 Rdnr. 5; Soergel/Siebert/Ehard/Eder, BGB 9. Auflage, § 1984 Rdnr. 2; Erman/Bartholomeyczik, BGB 3. Auflage, § 1984 Anm. 4; Palandt/Keidel, BGB 21. Auflage, § 1984 Anm. 1, 3; vgl. auch noch Protokolle V, 811)."

Seine rechtlichen Ausführungen belegt der erkennende Senat in dieser Entscheidung also vorrangig mit Gesetzesnormen, Präjudizien und Literaturmeinungen und erst subsidiär auch noch mit einem entstehungsgeschichtlichen Aspekt.

Als Beispiele für Entscheidungen, in denen sich der Bundesgerichtshof intensiv mit der Entstehungsgeschichte einer gesetzlichen Vorschrift auseinandersetzt, können

1) Vgl. auch die entsprechenden Feststellungen bei Oellrich, a.a.O., S. 153; Sachs, a.a.O., S. 76 und Honnells, a.a.O., S. 97.

die bereits oben I 3 zitierten Judizien BGHZ 16, 159 (161 ff) und 39, 299 (301 ff) angeführt werden.

Solche umfassenden Darstellungen der Entstehungsgeschichte finden sich aber nicht nur in Judizien, die sich maßgeblich auf das genetische Argument stützen, sondern auch in Fällen, in denen dem entstehungsgeschichtlichen Argument ausdrücklich nur eine bestätigende Funktion zuerkannt wird¹⁾.

Andererseits sind in der Rechtsprechungspraxis des Bundesgerichtshofs aber auch Entscheidungsbegründungen nicht selten, in denen einem entstehungsgeschichtlichen Argument erhebliches Gewicht zukommt, die entsprechenden Ausführungen aber doch relativ kurz gehalten sind²⁾.

Insgesamt läßt sich somit festhalten, daß im Hinblick auf die Intensität der Auseinandersetzung mit der Entstehungsgeschichte Gesetzmäßigkeiten in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen nicht auszumachen sind.

-
- 1) In der Entscheidung BGHZ 11, 286 (292 ff) beispielsweise setzt sich der 1. Senat auf mehr als zwei Druckseiten mit der Entstehungsgeschichte des fraglichen Gesetzes auseinander, obwohl zu Beginn der Darlegungen von einer lediglich bestätigenden Funktion der Entstehungsgeschichte die Rede ist.
Weiterhin vgl. z.B. noch BGHZ 36, 370 (377 ff).
 - 2) Instruktives Beispiel: BGHZ 15, 27 (38/39):
"Der Meinung des Berufungsgerichts, daß es sich gerade um einen Tatbestand handle, der wegen der engen Verbundenheit der Klägerin mit dem Deutschen Reich über die dem Vertragshilfegesetz unterliegenden Fälle hinausgehe, steht entgegen, daß die Wurzel der entstehenden Schwierigkeiten in der Währungsumstellung (§ 14 UmstG) zu suchen ist und daß auch gerade solche Tatbestände, wie die Entstehungsgeschichte des Vertragshilfegesetzes zeigt, vom Vertragshilferichter geregelt werden sollen (vgl. Begr. zum Regierungsentwurf, abgedruckt bei Saage, Vertragshilfegesetz, S. 22 ff, ferner Einleitung S. 8, 9)."

DRITTER TEIL

DER STELLENWERT DER GESETZSMATERIALIEN IN DER ARGUMENTATIONSPRAXIS DES BUNDESGERICHTSHOFS

I. Grundsätzliche Stellungnahmen des Bundesgerichtshofs zur Bedeutung der Entstehungsgeschichte für die Gesetzesauslegung

Genetische Argumente sind in einen bekannten Streit über Präferenzregeln verwickelt, den Streit zwischen subjektiver und objektiver Auslegungstheorie¹⁾.

Generelle Aussagen des Bundesgerichtshofs zur Relevanz entstehungsgeschichtlicher Argumente finden sich deshalb vorwiegend im Rahmen der ausdrücklichen Stellungnahmen des höchsten deutschen Zivilgerichts zu dieser elementaren Kontroverse.

Derartige methodologische Grundsatzaussagen sind in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen allerdings nicht allzu häufig anzutreffen.

Zu nennen sind hierbei insbesondere die Entscheidungen BGHZ 13, 265 (277); 23, 377 (390); 33, 321 (330); 36, 370 (377); 37, 58 (60); 42, 182 (183); 46, 74 (75); 46, 190 (192); 48, 221 (223) und 67, 339 (341).

In diesen Judizien schließt sich der Bundesgerichtshof im Grundsatz der vom Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 1, 299 (312) geprägten Auslegungsrichtlinie an, wonach maßgeblich für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift der in dieser zum Ausdruck gekommene objektivierte Wille des Gesetzgebers ist, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den diese hineingestellt ist.

1) Honsell, a.a.O., S. 19.

Detaillierte Darstellung des Streitstandes bei Men-
nicken, Das Ziel der Gesetzesauslegung, und Hassold,
ZZP 94, 192 ff.

In dieser Grundsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist weiter ausgeführt, daß die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder über die Bedeutung der Bestimmung nicht entscheidend sei. Der Entstehungsgeschichte einer gesetzlichen Vorschrift komme für deren Auslegung nur insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen ermittelten Auslegung bestätige oder Zweifel behebe, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden können.

In einer zweiten Leitentscheidung (BVerfGE 11, 126 (130)), auf die sich der Bundesgerichtshof ebenfalls in einigen der genannten Entscheidungen beruft, hat das Bundesverfassungsgericht seine methodische Grundhaltung allerdings dahingehend modifiziert¹⁾, daß zur Erfassung des objektiven Willens des Gesetzgebers die Auslegung aus dem Wortlaut der Norm (grammatische Auslegung), aus ihrem Zusammenhang (systematische Auslegung), aus ihrem Zweck (teleologische Auslegung) und aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte (historische Auslegung) zulässig sei. Diese Auslegungsmethoden sollen einander nicht ausschließen, sondern sich gegenseitig ergänzen. Das gelte auch für die Heranziehung der Gesetzesmaterialien, soweit sie auf den objektiven Gesetzesinhalt schließen lassen. Freilich seien die Vorarbeiten eines Gesetzes für dessen Auslegung immer nur mit einer gewissen Zurückhaltung, in der Regel bloß unterstützend zu verwerten. Sie dürften nicht dazu verleiten, die Vorstellungen der gesetzgebenden Instanzen dem objektiven Gesetzesinhalt gleichzusetzen. Der Wille des Gesetzgebers könne bei der Auslegung des Gesetzes nur insoweit

1) Ehmke (VVdStRL 1963, S. 59) spricht von einer begrüßenswerten Erweiterung.

berücksichtigt werden, als er in dem Gesetz selbst einen hinreichend bestimmten Ausdruck gefunden hat¹⁾.

Im Rahmen einer Analyse der einschlägigen methodischen Äußerungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen sollen im folgenden insbesondere auch die jeweiligen Bezugnahmen auf die Leitgedanken des Bundesverfassungsgerichts einer kritischen Würdigung unterzogen werden.

Die erste in der Entscheidungssammlung BGHZ abgedruckte Entscheidung, in der der Bundesgerichtshof zur Problematik der Relevanz der Entstehungsgeschichte für die Gesetzesauslegung generell Stellung nimmt, findet sich im 13. Band, S. 265 ff.

In diesem Beschluß des Großen Senats für Zivilsachen ist ausgeführt²⁾, daß für die Auslegung von Gesetzesbestimmungen nicht die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder über die Bedeutung der Bestimmung entscheidend sei.

Weiterhin wird unter Berufung auf BVerfGE 1, 299 (312) dargelegt, daß der Entstehungsgeschichte für die Auslegung nur insofern Bedeutung zukomme, als sie Zweifel behebe, die durch die Auslegung des zum Ausdruck gekommenen objektivierten Willens des Gesetzgebers aus Wortlaut und Sinnzusammenhang allein nicht ausgeräumt werden könnten.

Der Große Senat hatte sich zuvor mit der Entstehungsgeschichte und den Gesetzesmaterialien der auszulegenden Vorschrift auseinandergesetzt und war zu dem Ergebnis gelangt, daß dem Gesetzgeber keine eindeutige Auffassung über die strittige Auslegungsfrage vorgeschwebt habe.

1) Zu der sogenannten Andeutungstheorie vgl. näher unten II.

2) S. 277

Außerdem hätten die aus den Gesetzesmaterialien ersichtlichen Anschauungen einiger Ausschußmitglieder oder sonstiger Abgeordneter oder des Vertreters des Bundesjustizministeriums jedenfalls im Gesetz selbst keinen Niederschlag gefunden.

Die Anknüpfung an die Grundsatzaussagen des Bundesverfassungsgerichts ermöglichte es dem erkennenden Senat, die seiner Auffassung entgegenstehenden Äußerungen aus dem Gesetzgebungsverfahren ohne weiteres beiseitezuschieben.

Auch in der Entscheidung BGHZ 23, 377 (390) beruft sich der 3. Senat des Bundesgerichtshofs auf die methodische Aussage des Bundesverfassungsgerichts in BVerfGE 1, 299 (312).

Auf den konkreten Fall bezogen wird sodann ausgeführt, daß Wortlaut und Sinnzusammenhang nur eine Auslegung zuließen und demgegenüber der Entstehungsgeschichte nur untergeordnete Bedeutung zukomme.

Mit dieser Argumentation sollte offensichtlich der in der Literatur vertretenen Gegenmeinung, die zur Begründung auf die Entstehungsgeschichte verwiesen hatte, die Berechtigung abgesprochen werden.

Zwar führt der BGH noch aus, daß nicht einmal anerkannt werden könne, daß die Entstehungsgeschichte für die genteilige Auslegung spräche. Diese Aussage kann dann aber durch die nachfolgende Auseinandersetzung mit der Entstehungsgeschichte und den Gesetzesmaterialien jedenfalls nicht eindeutig gestützt werden¹⁾.

In einem Urteil vom 7. Juli 1960 (BGHZ 33, 321 (330)) zitiert der 8. Senat die in BVerfGE 1, 299 (312) niedergelegten Auslegungsgrundsätze nahezu wortgetreu.

1) Vgl. dazu auch oben, 2. Teil I. 4. a.

In dieser Entscheidung weist der Bundesgerichtshof sogar ausdrücklich darauf hin, daß die Mehrheit der am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten wohl anderer Auffassung gewesen sei.

Um sich darüber mit dem Argument, jedenfalls habe eine derartige Absicht des Gesetzgebers im Gesetz selbst keinen genügend deutlichen Ausdruck gefunden, hinwegsetzen zu können, bot es sich für den erkennenden Senat auch in diesem Falle wiederum an, sich auf die Grundsatzaussagen des Bundesverfassungsgerichts zu berufen.

Auf die Auslegungsgrundsätze beider Leitentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts verweist der Kartellsenat in BGHZ 36, 370 (377), um die Entstehungsgeschichte, die seiner Auffassung nach keine andere Auslegung rechtfertigte, noch als zusätzliches, bestätigendes Argument unterbringen zu können, obwohl das Auslegungsergebnis bereits vorher aus Wortlaut und Sinnzusammenhang erschlossen worden war¹⁾.

Ebenfalls als bestätigendes Argument setzt der Bundesgerichtshof in einer weiteren Entscheidung, in der auf die Leitgedanken des Bundesverfassungsgerichts Bezug genommen wird, den Inhalt eines Ausschußberichts, gegen den im Bundestag keine Beanstandungen erhoben worden sind, ein (BGHZ 37, 59 ff)²⁾.

In BGHZ 42, 182 (183) wird unter Berufung auf die einschlägigen Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen die nur ergänzende Funktion der Entstehungsgeschichte hervorgehoben, weil sich der erkennende 2. Senat offen-

1) Den Ausführungen auf S. 378 ist zu entnehmen, daß aus der Entstehungsgeschichte von anderer Seite eine gegensätzliche Schlußfolgerung gezogen worden ist.

2) Zur bestätigenden Funktion des entstehungsgeschichtlichen Arguments vgl. noch unten, II.

sichtlich selber darüber im klaren war, daß dem am Ende der Entscheidung vorgebrachten Zusatzargument nur ein sehr begrenzter Begründungswert zukommt. Es heißt dort¹⁾ nämlich: "Dieses aus dem Wortlaut sowie aus dem Sinn und Zweck des Gesetzes gewonnene Ergebnis steht auch nicht im Widerspruch zur Entstehungsgeschichte des § 1371 BGB. Der (bei ... abgedruckte) schriftliche Ausschlußbericht des Bundestages spricht vielmehr damit, daß in ihm ein Wahlrecht des Ehegatten im Falle des § 1371 Abs. 2 BGB nicht erwähnt ist, für die hier vorgenommene Auslegung des Gesetzes, zumindest ergibt sich aus ihm nichts gegen die erfolgte Auslegung." Die gewählten Formulierungen sprechen wohl für sich²⁾.

In der wohl bekanntesten und zugleich umstrittensten Auslegungsentscheidung, dem sogenannten ersten Schallplattenurteil vom 30. Juni 1966 (BGHZ 46, 74 ff)³⁾, knüpft der Kartellsenat ebenfalls zunächst an die Grundsatzformel des Bundesverfassungsgerichts in BVerfGE 1, 299 (312) an. Weiter wird dann unter Berufung auf BVerfGE 11, 126 (130) ausgeführt, daß dem Ziel, den im Gesetz objektivierten Willen des Gesetzgebers zu erfassen, die nebeneinander zulässigen, sich gegenseitig ergänzenden Methoden der Auslegung aus dem Wortlaut der Norm, aus ihrem Zusammenhang, aus ihrem Zweck sowie aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte dienen⁴⁾.

An diese grundsätzlichen Ausführungen schließt sich die Anwendung auf den konkreten Fall an, wobei der Bundes-

1) S. 192.

2) Vgl. dazu auch oben, 2. Teil, II. 1.

3) Auf den auf S. 75 abgedruckten Sachverhalt sei an dieser Stelle verwiesen. Zur Kritik der Entscheidung vgl. auch Futter, a.a.O., S. 37; Klaue, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, S. 249 ff; Kilian, in: Rave u.a., Paraphrasen juristischer Texte, S. 75 ff.

4) S. 76.

gerichtshof auch in der genannten Reihenfolge vorgeht. Nachdem aus Wortlaut und Sinnzusammenhang kein eindeutiges Ergebnis erzielt werden konnte, geht der Kartellsenat der Frage nach dem Zweck der betreffenden Vorschrift nach. Dieser lasse sich in diesem Falle zweifelsfrei nur aus der Entstehungsgeschichte entnehmen. Die Entstehungsgeschichte gewinne damit hier eine maßgebliche und letztlich sogar die entscheidende Bedeutung für die Auslegung.

Sodann folgen allgemeine Ausführungen zur Bedeutung der Entstehungsgeschichte für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift. Es wird festgestellt, daß diese Frage in der höchstichterlichen Rechtsprechung nach den dort wiederholt als grundsätzlich formulierten Sätzen widersprüchlich beurteilt zu werden scheine.

Der Bundesgerichtshof verweist dann zwar zunächst auf BVerfGE 1, 299 (312), wonach der Entstehungsgeschichte nur insofern Bedeutung zukomme, als sie die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen ermittelten Auslegung bestätige oder Zweifel behebe, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden könnten.

Um die maßgebliche Heranziehung der Entstehungsgeschichte im zu entscheidenden Fall zu rechtfertigen, wird aber anschließend gleich angeführt, daß in späteren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts die Auslegung einer Norm aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte als durchaus gleichwertig neben anderen Auslegungsmethoden genannt werde (Beleg: BVerfGE 11, 126 (130)) und der frühere Satz dahingehend abgewandelt worden sei, daß die Entstehungsgeschichte vor allem zur Bestätigung des sonstigen Ergebnisses der Auslegung herangezogen werden könne. Gelegentlich werde sogar schlichtweg von dem aus der Entstehungsgeschichte zu erschließenden Willen des Gesetzgebers gesprochen.

Bei genauerer Betrachtung der für letztere Aussage als Beleg genannten Entscheidung BVerfGE 19, 248 (253) ist

allerdings festzustellen, daß darin den Ausführungen zur Entstehungsgeschichte wohl nur eine untergeordnete Bedeutung zukommt¹⁾.

Zwar heißt es auf S. 253 dieser Entscheidung: "Eine verfassungskonforme Auslegung, wie sie das Finanzgericht vornimmt, ..., ist unzulässig, da sie entgegen dem klaren Wortlaut und dem aus der Entstehungsgeschichte zu erschließenden Willen des Gesetzgebers zu ... führen würde."

Vorher hat das Bundesverfassungsgericht jedoch auf S. 252 konkret zum Ausdruck gebracht, daß das aus dem klaren Wortlaut gewonnene Auslegungsergebnis durch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift (nur) bestätigt werde.

Weiterhin hebt der Kartellsenat dann noch hervor, daß trotz mancher gegenteilig klingender Sätze die höchst-richterliche Rechtsprechung denn auch in der Tat die Entstehungsgeschichte immer wieder dann maßgeblich herangezogen habe, wenn aus ihr - und vor allem, wenn nur aus ihr - Wesentliches für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift zu entnehmen gewesen sei. Eine Durchsicht der hierfür als Beleg genannten Beispiele hat ergeben, daß dabei auch Entscheidungen aufgeführt worden sind, bei denen von einer maßgeblichen Heranziehung der Entstehungsgeschichte keine Rede sein kann.

Bei der Entscheidung BVerfGE 19, 342 ff wird dies bereits durch die gewählte Formulierung deutlich. Es heißt dort nämlich auf S. 352: "Überdies erscheint es nach der Entstehungsgeschichte des Gesetzes nicht ausgeschlossen, daß diese Auslegung dem wahren Willen des Gesetzgebers entspricht und nur versehentlich im Wortlaut nicht zum Ausdruck gekommen ist: ..." ²⁾

1) In diesem Sinne auch Hoffmann-Becking, Normaufbau und Methode, S. 222, Fn. 152.

2) Vgl. hierzu ebenda, S. 193, Fn. 87.

In der ebenfalls zitierten Entscheidung BGHZ 37, 58 ff wird auf S. 63 die nur bestätigende Funktion des einschlägigen Ausschußberichts zum Ausdruck gebracht, so daß auch hier von einer maßgeblichen Bedeutung des entstehungsgeschichtlichen Arguments nicht gesprochen werden kann.

Wieder, mehr auf den konkreten Fall bezogen äußert sich der Kartellsenat dann dahingehend, daß sich gerade bei einem Gesetz wie dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen die Tragweite der einzelnen wirtschaftspolitischen Entscheidungen eben oft nicht schon aus dem Wortlaut oder aus dem Sinnzusammenhang der einzelnen Vorschrift oder aus der allgemeinen Zielsetzung des Gesetzes, sondern nur aus der Entstehungsgeschichte erschließen lasse.

Nach einigen Hinweisen auf frühere Entscheidungen des Kartellsenats, in denen die Entstehungsgeschichte herangezogen worden sei, wird ausgeführt, daß die im vorliegenden Fall erforderliche Auslegung besondere Veranlassung dazu gebe, wiederum die Entstehungsgeschichte heranzuziehen, da aus dieser hier ganz eindeutig der Wille des Gesetzgebers zu erschließen sei.

Ganz so eindeutig scheint die Entstehungsgeschichte allerdings doch nicht zu sein, denn auf S. 83 der Entscheidung erfährt der Leser überraschenderweise, daß der Gesetzgeber des Jahres 1957 die Schallplattenverleger keineswegs ausdrücklich vom Privileg der Preisbindung ausgeschlossen habe, sondern sie lediglich nicht erwähne¹⁾.

So richtig es ist, daß während des Gesetzgebungsverfahrens immer nur von Buchverlagen die Rede war, so richtig ist es andererseits, daß niemand gesagt hat, daß nur die Buch-, aber nicht die Schallplattenverlage gemeint seien²⁾.

1) Kilian, a.a.O., S. 80.

2) Huhn, in: Rasehorn u.a., Im Namen des Volkes, S. 82/83.

Diese Nichterwähnung der Schallplattenverleger kann nun auf zwei Möglichkeiten beruhen, nämlich auf bewußter Nichterwähnung oder auf Vergeßlichkeit.

Der Kartellsenat entschied sich für die erste Möglichkeit, obwohl er zugestehen mußte, daß die veröffentlichten Gesetzesmaterialien - im Gegensatz zum Gutachten von Prof. Dr. F. - keine tiefergehenden Erwägungen über etwaige wettbewerbliche Besonderheiten des Buchmarktes enthielten¹⁾.

Das Gericht versucht anschließend das gefundene Auslegungsergebnis noch zu bekräftigen, indem es ausführt, daß gleichwohl etwa noch verbleibende Zweifel durch die weitere Rechtsentwicklung, insbesondere durch das dem Landgericht noch nicht bekannte Gesetz zur Änderung des GWB vom 15. September 1965 ausgeräumt seien. "Daß der Gesetzgeber des Jahres 1965", so argumentiert der Bundesgerichtshof, "dabei wiederum, ..., an den Sektor der Schallplattenherstellung überhaupt nicht gedacht hätte, muß angesichts der vielfachen Hinweise auf das Problem der Preisbindung bei Schallplatten in dem allgemein zugänglichen Schrifttum zu § 16 des Gesetzes vom 27. Juli 1957 und vor allem in den alljährlich dem Gesetzgeber vorgelegten Tätigkeitsberichten des Bundeskartellamts als ausgeschlossen betrachtet werden." Hierzu führt Futter in seiner Analyse des Schallplattenurteils²⁾ aus, daß die für die Entscheidung letztlich ausschlaggebende Erwägung, der Verzicht des Gesetzgebers auf eine Regelung des bekannten Problems in der Kartellnovelle von 1965 enthalte eine bewußt negative Entscheidung der Frage, den Boden zulässiger historischer Interpretation verlasse. 1965 hätten solche Detailfragen nicht zur Debatte gestanden. Ungleich wichtigere Fragen, wie zum Beispiel die Anmeldung der Preis-

1) Kilian, a.a.O., S. 80.

2) A.a.O., S. 44.

empfehlung, die ohne gesetzliche Regelung aufgrund der BGH-Rechtsprechung praktiziert wurde, seien nicht geregelt worden. Es sei nicht korrekt, wenn der BGH seiner Auslegung hypothetische Überlegungen eines "Novellierungsgesetzgebers" zugrunde lege, die dieser in concreto niemals angestellt habe. Der BGH argumentiere daher nicht mehr historisch, er bediene sich vielmehr einer nicht ausgewiesenen, spekulativen Interpretationsform ex post.

Diesen kritischen Darlegungen eines Autors, der die Entscheidung des Bundesgerichtshofs (ebenso wie der Verfasser) vom Ergebnis her billigt¹⁾, kann die Berechtigung wohl kaum abgesprochen werden.

Nach alledem bleibt festzuhalten, daß die intensiven Bemühungen des Kartellsenats, einen hohen Stellenwert entstehungsgeschichtlicher Argumente in der höchststrichterlichen Rechtsprechungspraxis nachzuweisen, ihre Ursache wohl darin hatten, daß dem Senat von den verschiedenen klassischen Auslegungskriterien in diesem Falle die entstehungsgeschichtlichen Gesichtspunkte noch für am ehesten geeignet erschienen, das von ihm aus wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten für erforderlich gehaltene Auslegungsergebnis zu begründen und er deshalb seine Vorgehensweise auf diese Art zu rechtfertigen suchte. Es kann demzufolge auch nicht angenommen werden, daß es dem Bundesgerichtshof - wie verschiedentlich vermutet wird²⁾ - darum ging, mit diesem Urteil seine Auslegungsmethodik grundsätzlich zu umreißen.

1) A.a.O., S. 47. Auf S. 42 bezeichnet Futter das Schallplattenurteil wohl zu Recht als Prototyp einer Entscheidung, die die tragenden (wirtschafts-) politischen Erwägungen nicht offenlegt.

2) Vgl. z.B. Klaue, a.a.O., S. 257.
Nach Gutzler (NJW 1967, 344) liegt die besondere Bedeutung des Urteils darin, daß der BGH dabei Grundsätze aufgestellt hat, die allgemein für die Auslegung des GWB von größter Bedeutung sind.

In der Entscheidung BGHZ 46, 190 (192) äußert sich der 3. Senat dahingehend, daß sich der Sinngehalt und die Tragweite der fraglichen Bestimmung klar ergebe, wenn man auf ihre Entstehungsgeschichte zurückgreife. Unter Berufung auf die bereits angesprochene Entscheidung BGHZ 13, 265 (277), in der auf BVerfGE 1, 299 (312) Bezug genommen wird, wird dann weiter ausgeführt, daß der Entstehungsgeschichte für die Auslegung eines Gesetzes insofern Bedeutung zukomme, als sie Zweifel beheben könne, die durch die Auslegung des zum Ausdruck gekommenen objektiven Willens des Gesetzgebers aus Wortlaut und Sinnzusammenhang des Gesetzes nicht oder doch nicht völlig ausgeräumt werden könnten. Anschließend erfolgt eine detaillierte Darstellung der Entstehungsgeschichte der zu interpretierenden Vorschrift. Da die anderen Auslegungsmethoden hier offenbar zur Rechtfertigung des vom Bundesgerichtshof für angemessen erachteten Ergebnisses nicht brauchbar waren, wird der Entstehungsgeschichte unter Berufung auf die dieser in den Grundsatzaussagen des Bundesverfassungsgerichts zuerkannte Bedeutung als Mittel zur Behebung von Zweifeln ein hoher Stellenwert eingeräumt.

Auch in der Entscheidung BGHZ 49, 221 (223) wird der Standardsatz des Bundesverfassungsgerichts zitiert, wobei dann weiterhin noch unter Berufung auf BVerfGE 11, 126 (130) und BGHZ 46, 74 (76) hervorgehoben wird, daß dem Zweck, den objektiven Willen des Gesetzgebers zu erfassen, die nebeneinander zulässigen, sich gegenseitig ergänzenden Methoden der Auslegung aus dem Wortlaut der Norm, aus dem Sinnzusammenhang sowie aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte dienen.

Die Anknüpfung an diese Aussage erfolgte wohl deshalb, weil in diesem Fall die verschiedenen Auslegungsmethoden allenfalls in ihrer gegenseitigen Ergänzung geeig-

net sind, die Auffassung des Bundesgerichtshofs, die mit einer im Schrifttum verbreiteten Meinung nicht übereinstimmt, zu begründen. Hierauf deuten insbesondere auch die Formulierungen "Etwas anderes lasse sich auch aus dem Sinnzusammenhang ... nicht entnehmen" und "Dieses Ergebnis ist auch nicht unvereinbar mit den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte ..." hin.

In dem Beschluß BGHZ 67, 339 (341) führt der Senat für Anwaltssachen aus, daß der Auffassung des Ehrengerichtshofs, der als Vorinstanz gegenteilig entschieden hatte, nicht gefolgt werden könne, da dieser bei seiner Auslegung den Gesetzesmaterialien gegenüber dem objektiven Willen des Gesetzgebers eine zu große Bedeutung beimesse.

Die Stellungnahme des Bundesjustizministers und die Begründung des Antrags von einigen Abgeordneten gäben lediglich die Auffassung des Bundesjustizministers und die der genannten Abgeordneten, nicht aber den objektivierten Willen des Gesetzgebers wieder. Unter Hinweis auf die Passage des Schallplattenurteils, in der auf die Grundsatzaussagen des Bundesverfassungsgerichts Bezug genommen wird, heißt es dann weiter, diese Auffassungen dürften als Vorarbeiten zum Gesetz bei der Auslegung bloß unterstützend verwendet werden und nicht dazu führen, die Vorstellung der gesetzgebenden Instanzen dem objektiven Gesetzesinhalt gleichzusetzen.

Auch diese Entscheidung stellt wieder ein gutes Beispiel dafür dar, wie eine dem Bundesgerichtshof nicht ins Konzept passende Entstehungsgeschichte unter Be-

rufung auf die Leitgedanken des Bundesverfassungsgerichts beiseite geschoben wird¹⁾.

Abschließend soll in diesem Zusammenhang noch auf eine neuere Entscheidung des Kartellsenats (BGHZ 84, 118 (124)) hingewiesen werden, in der auch dieser Senat, der sich ansonsten - nicht nur im Schallplattenurteil - bei der Gesetzesauslegung immer wieder maßgeblich auf die Entstehungsgeschichte einer gesetzlichen Vorschrift gestützt hatte, kurz und bündig dahingehend argumentiert, daß der Rechtsbeschwerde, die sich auf die Entstehungsgeschichte beruft, schon deshalb nicht gefolgt werden könne, weil die angeführten Gesichtspunkte mit dem objektivierten Willen des Gesetzes nicht in Einklang zu bringen seien.

Allein die Berufung auf einen objektivierten Willen des Gesetzes soll hier anscheinend jegliche Begründung für die Abweichung von der Entstehungsgeschichte ersetzen.

Durch diese Übersicht über die Entscheidungen, in denen der Bundesgerichtshof grundsätzlich zur Auslegungssproblematik Stellung nimmt, dürfte deutlich geworden sein, daß der BGH offenbar die generelle Bewertung der Entstehungsgeschichte jeweils davon abhängig macht, was sie gerade zur Begründung einer konkreten, anderswie gefaßten Entscheidung beitragen kann oder eben nicht beitragen kann²⁾.

1) Wenn Krey (Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, S. 177) ausführt, dem programmatischen Bekenntnis des Bundesverfassungsgerichts komme die Funktion einer "salvatorischen Klausel" zu: Wo man, um ein für gerecht gehaltenes Auslegungsergebnis erreichen zu können, den Willen des historischen Gesetzgebers beiseite schieben möchte, könne man sich gut auf dieses Bekenntnis berufen, so kann dem folglich nur zugestimmt werden.

2) So auch Meier-Hayoz, SJZ 52, S. 173 Sp. 2, zur Praxis des Schweizer Bundesgerichts.

Insbesondere die verschiedenen methodischen Aussagen in den beiden Grundsatzentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sind so vielfältig einsetzbar, daß je nach Bedarf die passende Formulierung ausgewählt werden kann.

II. Die Argumentationspraxis

Welches Gewicht einem entstehungsgeschichtlichen Argument innerhalb der jeweiligen Entscheidung zukommt, kann einmal durch die Art der Formulierung, mit der es in die Entscheidungsbegründung eingebracht wird, zum Ausdruck kommen.

Außerordentlich häufig knüpft der Bundesgerichtshof dabei terminologisch an die Grundsatzaussagen des Bundesverfassungsgerichts an.

Namentlich der Begriff der Bestätigung wird immer wieder verwendet, um Aussagen zur Entstehungsgeschichte in die Argumentation einzuführen¹⁾.

Aber auch "zur Behebung von Zweifeln" werden die Gesetzmaterialeien vielfach herangezogen²⁾.

In einer beachtlichen Anzahl von Entscheidungen wird dem entstehungsgeschichtlichen Argument aber auch ein hoher Stellenwert zuerkannt.

Eine ausschlaggebende Bedeutung der Entstehungsgeschichte bringt der Bundesgerichtshof etwa durch Formulierungen zum Ausdruck wie "Dieser Gedanke findet eine entscheidende Stütze in der amtlichen Begründung" (BGHZ 1, 253 (257)); "Für die Auslegung des § ... erscheint in erster Linie wesentlich, von welchen Vorstellungen der Gesetzgeber ausgegangen ist" (BGHZ 14, 347 (355)) oder "Dafür spricht weiter entscheidend die Entstehungsgeschichte" (BGHZ 17, 108 (113)).

1) Aus der Fülle der Entscheidungen, in denen einem genetischen Argument eine bestätigende Funktion zuerkannt wird, seien z.B. genannt: BGHZ 11, 286 (292); 28, 359 (366); 76, 338 (340). Vergleichbar (allerdings ohne Gebrauch des Begriffs der Bestätigung) z.B. BGHZ 3, 220 (222); 73, 29 (32): "Für ... spricht auch die Entstehungsgeschichte" oder BGHZ 41, 61 (65): "Dieses Ergebnis steht mit der amtlichen Begründung in Einklang."

2) Beispiele: BGHZ 29, 195 (200); 49, 99 (105); 54, 311 (314).

Verschiedentlich finden sich auch Entscheidungen, in denen der Bundesgerichtshof der Entstehungsgeschichte im Verein mit einem anderen Auslegungsgesichtspunkt (meist: Sinn und Zweck) besondere Relevanz beimißt¹⁾. Im Gegensatz hierzu klingt in einer Reihe von Judizien aber auch an, daß der Entstehungsgeschichte in bestimmten Fällen nicht einmal eine ergänzende Funktion zukommen könne²⁾.

In der Entscheidung BGHZ 5, 46 (47) wird z.B. ausgeführt, daß, um nachzuweisen, daß Art. 104 GG geltendes Recht sei, es nicht erforderlich sei, auf die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung einzugehen. Schon nach dem klaren Wortlaut des Art. 104 könne dies nicht zweifelhaft sein.

Während die sogenannte *sense clair*-doctrine in der heutigen methodenwissenschaftlichen Literatur überwiegend abgelehnt wird³⁾, hat sich der Bundesgerichtshof offensichtlich von der Eindeutigkeitsregel noch nicht endgültig losgesagt:

In einer neueren Entscheidung (BGHZ 87, 191 (195)) äußert sich der 7. Senat jedenfalls dahingehend, daß es angesichts des eindeutigen Wortlauts bereits zweifelhaft erscheine, ob bei der Auslegung der Vorschrift auf die Gesetzesmaterialien zurückgegriffen werden könne. Nur weil die Auslegung im konkreten Fall auch bei Berücksichtigung des Willens des Gesetzgebers zu keinem anderen Ergebnis führe, könne dies dahingestellt bleiben.

1) Beispiele: BGHZ 3, 321 (329); 9, 30 (31); 19, 247 (248).

2) Zu den Fällen, in denen der Bundesgerichtshof offen gegen die Gesetzesmaterialien entscheidet, vgl. ausführlich unten, 5. Teil.

3) Vgl. dazu z.B. Säcker, in: Münchener Kommentar, Einleitung Rdnr. 97 m.w.N.

Deutlich wird das Gewicht eines entstehungsgeschichtlichen Arguments auch in Entscheidungen, in denen es in offenem Konflikt mit einem anderen klassischen Auslegungskriterium steht.

Als offener Konflikt zwischen zwei Argumenten wird dabei der Fall bezeichnet, in dem die beiden Argumente zu einander widersprechenden Ergebnissen führen¹⁾.

Solche Kollisionsfälle, in denen der Bundesgerichtshof Farbe bekennen muß in der Frage, welchem Argument der Vorrang gebührt²⁾, sollen nun mitgeteilt und daraufhin untersucht werden, ob sich aus ihnen Aussagen über tatsächlich angewandte Präferenzregeln treffen lassen.

1. Konflikt Wortlaut - Entstehungsgeschichte

In einigen Judizien mißt der Bundesgerichtshof der Entstehungsgeschichte eine größere Bedeutung bei als dem Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift.

Ein besonders anschauliches Beispiel dafür bietet ein Urteil des 3. Senats vom 18. Dezember 1972³⁾.

Die Entscheidung befaßt sich mit der Auslegung des § 10 Abs. 1 NdsStrG.

Nach der am 1. Januar 1966 in Kraft getretenen Neufassung dieser Vorschrift obliegen "der Bau und die Unterhaltung der öffentlichen Straßen einschließlich der Bundesfernstraßen sowie die Überwachung ihrer Verkehrssicherheit ... den Organen und Bediensteten der damit befaßten Körperschaften als Amtspflicht in Ausübung öffentlicher Gewalt".

1) So auch Rahlf, in: v. Savigny, a.a.O., S. 80.

2) Eine die Rangordnung unter den Auslegungskriterien festlegende, allgemein anerkannte Metaregel gibt es nicht (vgl. z.B. Rüßmann, JuS 1975, 353). Auf die Rangfolgeproblematik wird unten S. 197 ff noch einmal zurückzukommen sein.

3) BGHZ 60, 54.

Der Bundesgerichtshof führt in den Entscheidungsgründen aus¹⁾, daß der Wortlaut der Vorschrift zwar dafür sprechen könnte, daß die durch das Gesetz geschaffene Amtspflicht sich auf die bloße "Überwachung" der Verkehrssicherheit beschränken solle. Aus Sinn und Entstehungsgeschichte der Bestimmung lasse sich jedoch eindeutig der Wille des Landesgesetzgebers erkennen, die genannten öffentlichen Bediensteten zu verpflichten über die Sicherheit der Verkehrswege zu wachen u n d bei eintretender Notwendigkeit die erforderlichen Einzelmaßnahmen selbst zu treffen.

"Wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, sollte die Gesetzesänderung klarstellen, daß die Verkehrssicherungspflicht für öffentliche Sachen im Gemeindegebrauch umfassend als hoheitliche Aufgabe geregelt sei (Begründung zu Art. I Nr. 1 zum Regierungsentwurf des Änderungsgesetzes, ...). Der Regierungsentwurf sprach deshalb von den 'mit ... der Überwachung der Verkehrssicherheit ... zusammenhängenden Pflichten'. Im Verlauf der parlamentarischen Behandlung wurden die beiden letzten Worte gestrichen, ohne daß damit eine Beschränkung des gesetzgeberischen Anliegens verbunden sein sollte."²⁾

In der Entscheidung BGHZ 9, 322 (325) legt der Bundesgerichtshof dar, daß der Wortlaut der Bestimmung für die gegenteilige Auffassung zu sprechen scheine. Dies sei aber auch das einzige gewichtige Argument, das die Vertreter dieser Auffassung für ihre Ansicht anführen könnten. Es erscheine angesichts der noch gewichtigeren Gegengründe nicht als so zwingend, um dieser Auslegung den Vorzug zu geben. In erster Linie sei auf die vom Verfassungsgesetzgeber mit der Bestimmung verfolgte Absicht abzustellen. Diese gehe aber, wie in

1) A.a.O., S. 56/57.

2) A.a.O., S. 57/58.

den Verhandlungen des parlamentarischen Rats zum Ausdruck gebracht worden sei, in die entgegengesetzte Richtung¹⁾.

Weitaus häufiger finden sich in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs allerdings Entscheidungen, in denen dem Wortlaut klare Präferenz gegenüber der Entstehungsgeschichte erteilt wird.

In diesen Fällen beruft sich der Bundesgerichtshof größtenteils auf eine schon vom Reichsgericht und auch vom Bundesverfassungsgericht (vgl. dazu oben I.) verwendete Interpretationsregel, die sogenannte Andeutungstheorie.

Eine Darstellung von Beispielen kann an dieser Stelle unterbleiben. Es wird diesbezüglich auf das 2. Kapitel des 2. Teils verwiesen.

Besonders bemerkenswert ist, daß allein in den letzten beiden der in die Untersuchung einbezogenen Bände der Entscheidungssammlung BGHZ drei Entscheidungen enthalten sind, in denen sich der Bundesgerichtshof zur Andeutungstheorie bekennt²⁾.

Diese Beobachtung stellt die Aussage von Säcker³⁾, die Andeutungstheorie werde von der neueren Rechtsprechung kaum noch vertreten, zumindest im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen doch erheblich in Frage.

Grundsätzlich ist dazu zu bemerken, daß ein Vorgehen nach der Andeutungstheorie zumindest als sehr problematisch zu bewerten ist.

Diese Interpretationsregel ist deshalb eine reine Phrase, weil eine Grenzziehung praktisch nicht möglich ist.

1) Zu nennen wäre weiterhin z.B. noch die Entscheidung BGHZ 3, 82.

2) BGHZ 86, 1 (4); 87, 191 (195/196); 87, 309 (315).

3) In: Münchener Kommentar, Einleitung Rdnr.99.

Denn wann ist der Wille des Gesetzgebers im praktischen Einzelfall noch andeutungsweise zum Ausdruck gekommen und wann nicht¹⁾?

Heck bemerkt zutreffend, daß die Andeutungstheorie die Rechtssicherheit gefährde, da die Beantwortung der Frage, ob ein konkreter Wille des Gesetzgebers im Gesetz Ausdruck gefunden hat, auf reiner Willkür beruhe²⁾.

Der 6. Senat hat beispielsweise in einer zum Quotenvorrecht des Privatversicherungsträgers ergangenen Entscheidung. (BGHZ 13, 28 ff) die sogenannte Differenztheorie bejaht. Diese Theorie entspricht zwar nach der Entstehungsgeschichte des § 67 Abs. 1 VVG dem Willen des Gesetzgebers, dieser Wille hat jedoch im Gesetz keinen, also auch keinen unvollkommenen, Ausdruck gefunden. Wörtlich genommen steht nämlich in § 67 Abs. 1 VVG gerade das Gegenteil dessen, was von der Differenztheorie vertreten wird³⁾.

Wenn G. und D. Reinicke schon in einem Aufsatz aus dem Jahre 1952⁴⁾ ausführen, man habe den Eindruck, daß der BGH den Willen des Gesetzgebers noch im Gesetz ausgedrückt findet, wenn er ihn billigt, daß er aber feststellt, der Wille sei im Gesetzeswortlaut nicht zum Ausdruck gekommen, wenn er ihn für verfehlt hält, so kann man dem auch bei Berücksichtigung der zwischenzeitlich ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen voll beipflichten.

Die Andeutungstheorie stellt für den Bundesgerichtshof jedenfalls ein sehr bequemes Werkzeug dar, um sich

1) Zimmermann, NJW 1956, 1263.

2) AcP 112, S. 155.

3) Vgl. hierzu auch Bender, JZ 1957, 594/595 sowie G. und D. Reinicke, NJW 1954, 1103 ff.

4) NJW 1952, 1033.

über eine "unpassende" Entstehungsgeschichte hinwegsetzen zu können¹⁾.

2. Konflikt Sinnzusammenhang - Entstehungsgeschichte

Entscheidungen, in denen sich die Entstehungsgeschichte in einer Konkurrenzsituation mit einem systematischen Argument befindet, sind unter den in der Entscheidungssammlung BGHZ abgedruckten Judizien nur relativ selten anzutreffen.

Es ist hier einerseits ein Urteil des 5. Senats vom 9. Dezember 1955 (BGHZ 19, 247 (248)) zu nennen, in dem dargelegt wird, daß Gliederung und Wortlaut des Geschäftsraummietengesetzes für die gegenteilige Auffassung sprächen, die Notwendigkeit der vom erkennenden Senat bevorzugten Auslegung indessen aus der Entstehungsgeschichte und dem Sinn des Geschäftsraummietengesetzes folge.

In der Entscheidung BGHZ 23, 377 (390) wird demgegenüber ausgeführt, daß Wortlaut und Sinnzusammenhang das "Zusammenhangserfordernis" verlangen. Der möglicherweise²⁾ entgegenstehenden Entstehungsgeschichte käme demgegenüber nur untergeordnete Bedeutung zu.

1) So auch Honsell, a.a.O., S. 122 im Hinblick auf die Auslegungspraxis des Reichsgerichts.
Nach Schneider (MDR 1963, 278) hat die Andeutungstheorie letztlich nur den Zweck, bei gebilligtem, vorweggenommenem Ergebnis Begründungsarbeit zu ersparen.

2) Vgl. hierzu auch oben, 2. Teil, I. 4. a.

3. Konflikt zwischen objektiv-teleologischen Kriterien und der Entstehungsgeschichte

Dabei ist in erster Linie natürlich an die zahlreichen Entscheidungen zu denken, in denen der Bundesgerichtshof den aus der Entstehungsgeschichte bzw. den Gesetzesmaterialien ersichtlichen Willen des Gesetzgebers zugunsten objektiv-teleologischer Gesichtspunkte zurücktreten läßt. Eine ausführliche Analyse dieser Judizien wird den Schwerpunkt des 5. Teils dieser Arbeit bilden. Hierauf kann in diesem Zusammenhang verwiesen werden.

Andererseits finden sich vereinzelt aber auch Entscheidungen, in denen der Entstehungsgeschichte Präferenz gegenüber Gesichtspunkten erteilt wird, die unter einem weit verstandenen Begriff des objektiv-teleologischen Kriteriums¹⁾ eingereiht werden können.

Als Beispiel hierfür kann die Entscheidung BGHZ 40, 60 (65) angeführt werden, in der der 5. Senat ausführt, daß angesichts des Wortlauts des § 13 GrdStVG, der Entstehungsgeschichte der Vorschrift und des Ausnahmecharakters des § 2052 BGB reine Billigkeitserwägungen, wie sie im Schrifttum vorgetragen worden seien, eine andere Gesetzesauslegung nicht rechtfertigen könnten. Es stehe den Gerichten nicht zu, Wortlaut eines Gesetzes und klar erkennbare Absicht des Gesetzgebers lediglich der Unbilligkeit wegen, die die Vollziehung des Gesetzes mit sich bringe, zu mißachten.

1) Alexy (a.a.O., S. 296) bestimmt z.B. die beim objektiv-teleologischen Kriterium maßgebenden Zwecke als jene, die die im Rahmen der geltenden Rechtsordnung aufgrund vernünftiger Argumentation Entscheidenden setzen würden (zustimmend Bydlinsky, a.a.O., S. 454). Nach Heinrichs (in: Palandt, BGB, Einleitung VI 3 c) wird die ratio legis auch durch allgemeine Zweckmäßigkeits- und Gerechtigkeitserwägungen mitbestimmt.

Auch bereits vor der im 5. Teil erfolgenden Analyse von Entscheidungen, in denen offen gegen den Willen des Gesetzgebers entschieden wird, läßt sich somit zusammenfassend feststellen, daß hinsichtlich der Frage des Stellenwerts entstehungsgeschichtlicher Argumente im Rahmen der Gesetzesauslegung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine klare Linie nicht erkennbar ist.

VIERTER TEIL

EXEMPLARISCHE ÜBERPRÜFUNG DER KORREKTHEIT DER BERUFUNG AUF EINEN WILLEN DES GESETZGEBERS

In der rechtsmethodologischen Diskussion wird außerordentlich häufig auf die Schwierigkeit der Ermittlung eines konkreten Willens des historischen Gesetzgebers hingewiesen.

So wird dann auch in der Argumentation für und wider die subjektive, auf die gesetzgeberischen Vorstellungen abstellende Auslegungstheorie immer wieder vorgebracht, daß diese zwar ein historisches Handlungsverstehen proklamieren, das dafür erforderliche methodische Arsenal aber nicht bereitstelle¹⁾.

Hierzu ist zu bemerken, daß es zwar tatsächlich nicht von der Hand zu weisen ist, daß die Diskussion eines Auslegungselementes voraussetzt, daß man nicht nur darlegt, was innerhalb des Auslegungselementes erschlossen werden soll, sondern daß vielmehr auch gleichzeitig gezeigt werden muß, wie dieses "Erschließen" möglich ist²⁾.

Wenn allerdings Hegenbarth ausführt, daß das Fehlen von Regeln, die dem Interpreten helfen, den arbeitsteiligen Prozeß "Gesetzgebung" in den Griff zu bekommen, einer der entscheidenden Mängel der subjektiven Auslegungslehre sei³⁾, so ist dem entgegenzuhalten, daß, wenn es auch keine allgemein anerkannten Kriterien gibt, anhand derer man die Korrektheit der Behauptung, der Gesetzgeber habe

1) Vgl. z.B. Hegenbarth, Juristische Hermeneutik und linguistische Pragmatik, S. 177.

2) Schroth, a.a.O., S. 46.

3) A.a.O., S. 176/177: Die subjektive Auslegungstheorie stelle alles andere als eine geordnete Menge von Anweisungen für ein methodisch kontrolliertes Fremdverstehen bereit.

etwas Bestimmtes gewollt, überprüfen kann, sich aber doch in der rechtstheoretischen Literatur zumindest recht brauchbare Ansätze in dieser Richtung finden. Dabei sind insbesondere die einschlägigen Darlegungen von Schroth¹⁾ und Heck²⁾ hervorzuheben.

Schroth setzt sich in seiner Abhandlung sogar in einem eigenen Kapitel mit der Problematik der Möglichkeit subjektiver Auslegung auseinander.

Er geht dabei davon aus, daß von einem Willen des historischen Gesetzgebers insoweit gesprochen werden könne, als sich ein gemeinsames Verständnis der Gesetzesmaterialien hinsichtlich eines konkreten Problems herstellen läßt. Dies hält er für möglich, wenn folgende zentrale Interpretationsregeln für die Gesetzesmaterialien beachtet werden:

- a) Die Gesetzesmaterialien müssen vollständig benutzt werden.
- b) Aus den Materialien erkennbare gesetzgeberische Motivierungen sind um so relevanter, je konkreter sie mit dem endgültigen Gesetz zusammenhängen.
- c) Es darf nur das Material herangezogen werden, von dem angenommen werden kann, daß die Mitglieder des gesetzgebenden Organs vollständige Kenntnis hatten.
- d) Mit den Äußerungen einzelner Abgeordneter muß vorsichtig umgegangen werden.
- e) Bei der Interpretation der Gesetzesmaterialien ist darauf zu achten, daß diese nicht lediglich Scheinbegründungen für ein Gesetz enthalten, sie also lediglich die Aufgabe haben, die anderen Gesetzgebungsfaktoren zur Zustimmung zu überreden.
In einem solchen Fall können die Materialien keine konkreten mutmaßlichen Vorstellungsinhalte des Gesetzgebers begründen.

1) A.a.O., S. 45 ff., 85 ff.

2) A.a.O., S. 112 ff.

- f) Bei widersprüchlichen Erklärungen muß der Interpret versuchen, die Widersprüche auszugleichen, und wenn dies nicht möglich ist, ist davon auszugehen, daß sich ein Wille des Gesetzgebers nicht feststellen läßt.

Außerdem weist Schroth noch darauf hin, daß sich Feststellungen zum Willen des historischen Gesetzgebers mit "mehr" oder "minder" großer Deutlichkeit treffen lassen, die Relevanz eines nicht klar erkennbaren Willens aber als äußerst gering angesehen werden müsse¹⁾.

Heck arbeitet in seiner Abhandlung diesbezüglich folgende Kriterien heraus:

- a) Es ist eine vorsichtige, die Eigenart des Einzelfalles würdigende Behandlung der Materialien geboten.
- b) Die entstehungsgeschichtlichen Vorgänge müssen im Zusammenhang gewürdigt werden.
- c) Die einzelnen Erklärungen haben um so größere Bedeutung, je enger sie mit der eigentlichen Aufgabe, der Formung der Gesetzesworte zusammenhängen. Sie sind daher besonders bedeutsam, wenn sie für den Gesetzestext kausal werden.
- d) Der Wert eines entstehungsgeschichtlichen Aspekts hängt insbesondere auch ab von seiner sachlichen Qualität.
- e) Die Bedeutung der einzelnen Vorstellungen, die bei der Gesetzesentstehung hervortreten, ist weiterhin auch nicht ganz unabhängig von der personalen Verbreitung

1) A.a.O., S. 103. Vgl. auch Schroth, in: Kaufmann/Hassmer, Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, S. 297: "Der unklare 'Wille des Gesetzgebers' sollte bei juristischer Auslegung keine Rolle spielen, da verschiedene Auffassungen dazu, wie der konkrete 'Wille' aussieht, möglich sind."

Auch ansonsten finden sich in der einschlägigen Literatur immer wieder auch Hinweise darauf, was zu beachten ist, damit von einer korrekten Ermittlung des Inhalts des Willens des Gesetzgebers aus den Gesetzesmaterialien gesprochen werden kann, wobei allerdings im wesentlichen Übereinstimmung mit den von Schroth und Heck angeführten Kriterien besteht.

So führt z.B. Tettinger¹⁾ treffend aus, daß es darauf ankomme, das gesamte Gesetzgebungsverfahren auf Stellungnahmen zu dem einschlägigen Problemkomplex hin abzuklopfen und ihre Stringenz im Hinblick auf die spätere Gesetzesformulierung zu ermitteln.

Auch Baden betont, daß es einer Gesamtbetrachtung der Entstehungsgeschichte bedürfe und ein willkürliches Herausgreifen einzelner Partien zumindest äußerst problematisch sei²⁾.

Besondere Relevanz kommt in diesem Zusammenhang weiterhin noch den Darlegungen von Pawlowski zu³⁾, da dieser auch auf einige weitere, bisher noch nicht angeführte wichtige Gesichtspunkte aufmerksam macht. Er weist dabei zum einen darauf hin, daß einer Erklärung aus dem Gesetzgebungsverfahren jedenfalls dann keine Verbindlichkeit zukommen könne, wenn sie sich aus irgendwelchen Gründen als nachweislich fehlerhaft erweise.

Von noch erheblich größerer Bedeutung sind allerdings die Ausführungen von Pawlowski zur Frage des Rangs der unterschiedlichen Gesetzesmaterialien.

1) JuS 1979, 261.

2) A.a.O., S. 389. Vgl. auch noch Liver, Der Wille des Gesetzes, S. 18, der ausführt, daß die Materialien nicht in völlig unkritischer Weise zur Stützung irgendeiner Ansicht, die der Interpret vertritt, ausgebeutet werden dürfen, sondern daß diese als Geschichtsquelle mit der kritischen Methode des Historikers zu erforschen seien.

3) Methodenlehre für Juristen, S. 320 ff., 362 ff.

Diesbezüglich legt er dar, daß entscheidend für den Rang und die Bedeutung von Gesetzgebungsmaterialien nicht die - formale - Kompetenz ihrer Urheber, an der späteren Entscheidung über das Gesetz teilzunehmen, sei, sondern vielmehr deren Sach- bzw. Fachkompetenz und der sich daraus ergebende sachliche - auf rechtliche Erwägungen bezogene - Gehalt ihrer Äußerungen.

Den Materialien, die aus einem früheren Stadium des Gesetzgebungsverfahrens stammen, komme deshalb eine weit- aus größere Relevanz zu als den Protokollen über die parlamentarischen Debatten.

In der juristischen Literatur ist man sich dabei weit- gehend darüber einig, daß unter den verschiedenen Mate- rialien den amtlichen Begründungen und den Ausschlußbe- richten der höchste Stellenwert zukommt¹⁾.

Nach Perelman²⁾ läßt sich aber auch aus den parlamen- tarischen Debatten ein deutlicher Ausdruck der Absich- ten des Gesetzgebers zumindest dann entnehmen, wenn über einen bestimmten Punkt ein Abänderungsantrag ge- stellt wurde und dieser angenommen oder verworfen wor- den ist³⁾.

Ein hoher Begründungswert wird einer Materialienstelle auch dann zuerkannt, wenn diese eine unmittelbare Ant- wort auf die in der Entscheidung gestellte Frage ent- hält, das Problem sich also in den Materialien unmit- telbar angesprochen findet⁴⁾.

1) Vgl. z.B. Kopp, Historische und zeitgemäße Auslegung von Gesetzen, S. 107, der weiterhin auch noch den von den Verfassern des Gesetzes z.B. in Kommentaren geäußerten Auffassungen eine besondere Relevanz zu- erkennt.

2) Juristische Logik als Argumentationslehre, S. 79.

3) Die Äußerung eines einzelnen Abgeordneten wird dage- gen verschiedentlich sogar als nahezu gänzlich irre- levant angesehen. Vgl. dazu auch oben 2. Teil I 2a, sowie Kopp, a.a.O., S. 106, Fn. 1.

4) Vgl. z.B. Honsell, a.a.O., S. 97. Es liegt dann ein Fall einer hohen sachlichen Qualität des entstehungs- geschichtlichen Aspekts vor.

Schließlich ist noch erwähnenswert, daß des öfteren auch noch darauf hingewiesen wird, daß die gängige Argumentation, der Wille des Gesetzgebers ergebe sich daraus, daß im Gesetzgebungsverfahren eine bestimmte Äußerung unwidersprochen geblieben sei, keineswegs stichhaltig ist, da hierfür die verschiedensten Gründe ursächlich gewesen sein können¹⁾.

Auf einen kurzen Nenner gebracht, lassen sich somit folgende Kriterien festhalten, bei deren Beachtung man von einem zureichend festgestellten Willen des Gesetzgebers sprechen kann²⁾.

1. Eine Berufung auf die Vorstellungen des historischen Gesetzgebers kann nur dann als korrekt angesehen werden, wenn sich ein konkreter Wille überhaupt mit hinreichender Deutlichkeit aus den Materialien ergibt, die Regelungsabsicht also klar erkennbar ist.
2. Die Materialien sind möglichst vollständig heranzuziehen und die verschiedenen entstehungsgeschichtlichen Vorgänge müssen insbesondere auch im Zusammenhang gewürdigt werden. (Gesamtbetrachtung der Entstehungsgeschichte.)
Mit einzelnen Äußerungen aus dem Gesetzgebungsverfahren ist zumindest ein äußerst vorsichtiger Umgang angezeigt.
3. Wenn doch unter Berufung auf einzelne entstehungsgeschichtliche Aspekte argumentiert wird, dann kommt es in erster Linie auf deren Rang und die sachliche Qualität an.

1) Vgl. dazu z.B. Tapolski, in: Coing, Die juristischen Argumentationsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik, S. 33.

2) Das gängige Argument der Anhänger der objektiven Auslegungstheorie, daß von einem Willen des Gesetzgebers bei parlamentarisch verabschiedeten Gesetzen überhaupt keine Rede sein könne, ist jedenfalls dann nicht stichhaltig, wenn man sich nur davor hütet, die subjektive Interpretation zu sehr zu psychologisieren (vgl. Schünemann, in: Festschrift für Klug, S. 183).

4. Weiterhin ist noch zu beachten, daß gesetzgeberische Motive um so relevanter sind, je konkreter sie mit der endgültigen Gesetzesformulierung zusammenhängen.
5. Jedenfalls bei widersprüchlichen Aussagen, Scheinbegründungen und nachweislich fehlerhaften Erklärungen kann von einem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers keine Rede sein.

Nachdem nun vorstehend die wesentlichen Kriterien herausgearbeitet worden sind, soll jetzt der Frage nachgegangen werden, ob dort, wo der BGH sich zur Begründung einer Entscheidung auf die Entstehungsgeschichte bzw. den Willen des Gesetzgebers stützt, der angenommene Inhalt des Willens des Gesetzgebers vor dem Hintergrund der Kriterien auch bestehen kann.

Es wurden dazu aus der Menge der Entscheidungen, in denen der Wille des Gesetzgebers zur Stützung der Entscheidung herangezogen wird, durch Zufallsauswahl insgesamt 20 Entscheidungen ausgewählt.

Dabei erfolgte eine Differenzierung nach solchen Entscheidungen, in denen die Materialien nur unterstützend angeführt werden, und solchen Entscheidungen, in denen der Entstehungsgeschichte eine ausschlaggebende bzw. zumindest eine mittragende Bedeutung zukommt.

Aus jeder Teilmenge sind zehn Entscheidungen durch Zufall ausgewählt und in der angegebenen Weise analysiert worden.

Die Darstellung innerhalb der beiden Gruppierungen erfolgt dabei entsprechend der zeitlichen Abfolge.

- a) Entscheidungen, in denen dem entstehungsgeschichtlichen Argument lediglich unterstützende Funktion zukommt

1. BGHZ 11, 286

In diesem Urteil des 1. Senats vom 15.12.1953 ging es u.a. um die Frage, was unter einer Kundenzeitschrift im Sinne des § 1 Abs. 2 Buchst. e) der Zugabeverordnung zu verstehen ist.

Nach dieser Vorschrift ist die unentgeltliche Abgabe von "Zeitschriften, die überwiegend der Werbung von Kunden (Kundenzeitschriften) dienen" als Ausnahme vom Zugabeverbot gestattet, vorausgesetzt, daß die Kundenzeitschriften in ihrem Kostenaufwand geringwertig sind. Der Auffassung der Beklagten, wonach sich der Begriff der Kundenzeitschrift in ihrer Bestimmung erschöpft, als Werbemittel unentgeltlich an den Verbraucher abgegeben zu werden, stand dabei die Meinung des Klägers gegenüber, daß hierzu ein der Werbung dienender Inhalt der Zeitschrift notwendig sei.

Der 1. Senat führt dazu aus, daß wenn das neue Gesetz als Kundenzeitschrift solche Zeitschriften "die überwiegend der Werbung von Kunden dienen" bezeichnet, dies nicht anders verstanden werden könne, als daß die Zeitschrift nach ihrem Inhalt und ihrer Aufmachung überwiegend für die Werbung bestimmt sein müsse und nicht, wie sonstige Zeitschriften, überwiegend der Unterhaltung oder allgemeinen Belehrung diene.

Die gegenteilige Auffassung der Beklagten stünde im Widerspruch zu dieser Legaldefinition, die der Begriff "Kundenzeitschrift" in der neuen Ausnahmebestimmung erhalten habe.

"Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes vom 20. August 1953 bestätigt diese Auslegung.

Das Gesetz geht auf einen Initiativantrag der CDU/CSU, FDP und DP vom 29. April 1953 (Verhandlungen des Deutschen Bundestag I. Wahlperiode 1949, Drucksache Nr. 4312) zurück, in welchem die Einfügung einer Ausnahmbestimmung folgenden Wortlautes beantragt worden war:

'e) für Kundenzeitschriften in den bereits bei Erlaß der Vorschrift bestehenden üblichen Gestaltungsformen.'

In dem Ausschuß für Rechtswesen und Verfassungsrecht erhielt die Vorschrift jedoch die folgende Fassung:

'e) wenn Zeitschriften, die überwiegend der Werbung von Kunden (Kundenzeitschriften) dienen, unentgeltlich an den Verbraucher abgegeben werden.'

(Vgl. Verhandlungen des Deutschen Bundestages a.a.O. Nr. 4486). Aus den Beratungen des Ausschusses (Deutscher Bundestag 23. Ausschuß Protokoll Nr. 265) vom 10. Juni 1953 geht hervor, daß die Einfügung der Worte 'die überwiegend der Werbung von Kunden dienen' als eine Einschränkung des ursprünglichen Antrages gemeint war. Wie die Ausführungen der Vertreter des Wirtschafts- und Justizministeriums und vor allem des Abgeordneten Dr. Bucerius (CDU) erkennen lassen, sollte der Werbegedanke einer Zeitschrift, die als Kundenzeitschrift anzuerkennen sei, im Vordergrund stehen. Einzelne kleine Romane seien zwar unschädlich, doch müsse ü b e r w i e g e n d der Inhalt der Zeitschrift auf die Werbung abgestellt sein.

Diese Neufassung des Entwurfes wurde in der Sitzung vom 11. Juni 1953 (Protokoll Nr. 266) vom Ausschuß einstimmig angenommen."

Von den sich anschließenden detaillierten Darlegungen des Senats zum Inhalt des schriftlichen Berichts des Rechtsausschusses und zur Beratung des Entwurfs im Pressausschuß ist insbesondere hervorhebenswert, daß der

Rechtsausschuß einerseits festgestellt hat, daß es sich im allgemeinen bei den Kundenzeitschriften um Hefte und Schriften handle, die in Lebensmittel-, Milch- und Fischgeschäften, Drogerien und Textilläden in gewissen Abständen unentgeltlich an die Kunden ausgehändigt würden, daß man im Ausschuß weiterhin auch der Ansicht gewesen ist, daß es sich bei diesen Zeitschriften im allgemeinen nicht um eine unzulässige Zugabe handle, weil sie kaum den Rahmen der Geringwertigkeit überschreite und daß sich schließlich der Pressenausschuß dem Entwurf einstimmig angeschlossen hat. Auf S. 294 der Entscheidungsbegründung geht der Senat dann auch noch ausführlich auf den weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens im Plenum ein:

"In der zweiten und dritten Beratung des Gesetzentwurfes im Plenum hat sodann der Abgeordnete Dr. Bleiss (SPD) einen Abänderungsantrag dahingehend gestellt, daß in den vom Rechtsausschuß vorgelegten Entwurf die Worte 'und in ihrem Kostenaufwand geringwertig sind' eingefügt werden. Er hat diesen Abänderungsantrag damit begründet, es solle verhindert werden, daß das allgemeine Zugabeverbot durch allzu umfangreiche und allzu reichlich illustrierte Zeitschriften ausgehöhlt werde. Der Abgeordnete Dr. Schatz (CSU) erwiderte: Dieser Abänderungsantrag entspreche durchaus dem Rechtsgedanken, der in den verschiedenen Ausschüssen erörtert worden sei. Man habe diesen Zusatz für überflüssig gehalten, doch solle dem Abänderungsantrag zugestimmt werden. Der Entwurf ist dann mit dem vorerwähnten Zusatz zum Gesetz geworden."

Wenn der BGH schließlich abschließend ausführt, daß nach dieser Entstehungsgeschichte kein Zweifel darüber bestehen könne, daß für die Frage, ob eine Zeitschrift als Kundenzeitschrift im Sinne des Gesetzes zu gelten hat, ihr Inhalt maßgebend sei, wobei dieser Inhalt mindestens

überwiegend auf die Werbung ausgerichtet sein müsse, der unterhaltende oder nur allgemein belehrende Inhalt also gegenüber dem Werbegedanken zurücktreten müsse, so ist dagegen kaum ein Einwand möglich.

Gleich das erste Beispiel zeigt also, daß es durchaus möglich ist, durch eine Gesamtbetrachtung der verschiedenen Etappen des Gesetzgebungsverfahrens einen eindeutigen Willen des Gesetzgebers zu ermitteln.

Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich jedenfalls mit hinreichender Deutlichkeit, daß nach den Vorstellungen der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe Zeitschriften, bei denen, wie bei der hier zur Diskussion stehenden Zeitschrift "Frau und Heim", der werbende Teil vollständig hinter dem unterhaltenden Teil (Romane, Rätselecken, Horoskope, Rundfunkprogramme, Filmseiten, Modebeiträge etc.) zurücktritt und bei denen kein wesentlicher Unterschied zu anderen im Handel käuflich zu erwerbenden Hausfrauenzeitschriften feststellbar ist¹⁾, keinesfalls als Kundenzeitschrift im Sinne des § 1 Abs. 2e ZugVO angesehen werden können.

1) Vgl. S. 294/295 der Entscheidungsbegründung.

2. BGHZ 16, 217

In dieser Entscheidung vom 4.2.1955 sieht der 1. Senat seine Auffassung, daß die Feststellung und der Vermerk des Gewichts nach § 61 Abs. 3 EVO zum Beweis des Gewichts nicht nur für die Frachtberechnung dienen, sondern auch soweit es sich um sonstige auf dem Frachtvertrag beruhende Rechte und Pflichten der Eisenbahn, des Absenders und des Empfängers handelt, auch durch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift bestätigt.

Die Fragwürdigkeit der zudem auch noch äußerst knappen Argumentation wird in diesem Fall auch ohne näheres Eingehen auf die einschlägige Problematik schon durch das Zitat der entsprechenden Passage der Entscheidungsbeurteilung deutlich. Nach einem kurzen Hinweis auf die nahezu gleichlautende Vorgängerbestimmung des in diesem Zusammenhang ebenfalls bedeutsamen § 58 EVO führt der BGH aus:

"Die Sätze 1-4 galten daher schon damals ebenso wie heute, allgemein, nicht beschränkt für die Frachtberechnung, die damals nirgends erwähnt war. Insoweit ist die Begründung des Reichsverkehrsministeriums zur Eisenbahnverkehrsordnung 1928 mißverständlich, weil zu eng, wenn sie zu § 58 Abs. 1 (abgedruckt bei Kittel-Friese-Hay Anhang I S. 296) ausführt, die Eisenbahnverkehrsordnung befasse sich nur mit den Nachprüfungen zum Zwecke richtiger Frachtberechnung. Die Begründung wollte damit ersichtlich nur zum Ausdruck bringen, daß die Eisenbahnverkehrsordnung sich nicht mit den durch andere gesetzliche Vorschriften geregelten Prüfungen zu befassen habe und deshalb die bisherige Ausnahme für die Fälle polizeilicher Nachprüfung als entbehrlich gestrichen werde."

Daß in diesem Fall angesichts der ziemlich eindeutigen Aussage in der Begründung¹⁾ von einem aus den Materialien klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers im Sinne der Auffassung des Bundesgerichtshofs überhaupt keine Rede sein kann, bedarf wohl keiner weiteren Erörterung.

1) Also einem entstehungsgeschichtlichen Aspekt von sehr hohem Rang.

3. BGHZ 31, 63

In dieser Entscheidung aus dem Jahre 1959 ging es darum, den Anwendungsbereich des § 22 Abs. 1 des 1. Bundesmietengesetzes zu präzisieren.

Nach dieser Vorschrift kann der Vermieter in Anwendung der §§ 18-21 des Gesetzes einen Mietzins, der sich unterhalb der Kostenmietengrenze bewegt, an die Kostenmiete im Sinne des § 45 Abs. 2 I. WoBauG heranzuführen. Es stellte sich für den 8. Senat die Frage, ob die Rechte aus § 22 I BMG ganz allgemein dem Vermieter allen steuerbegünstigten Wohnraums, der nach dem 31.12.1949 bezugsfertig geworden ist, zustehen sollen oder ob dieser Anspruch beschränkt sein soll auf Mietzinsvereinbarungen, die vor dem Inkrafttreten des Ersten Wohnungsbaugesetzes am 1.8.1953 getroffen worden sind.

Der BGH schließt sich in dieser Streitfrage unter Berufung auf den klaren Wortlaut der Vorschrift der erstgenannten Auffassung an und führt weiter aus:

"Eine eindeutige Bestätigung der hier vertretenden Auffassung ergibt die Begründung zu § 15 des Regierungsentwurfs des Ersten Bundesmietengesetzes (BTDrucks. 2. Wahlperiode 1953 Nr. 1110 S. 48), der seinem materiellen Gehalt nach § 22 des Gesetzes entspricht (vgl. den Bericht des Abgeordneten Hauße S. 14 zu BTDrucks. 2. Wahlperiode 1953 Nr. 1421). In ihr ist nämlich ausdrücklich hervorgehoben, daß auch bei laufenden Mietverhältnissen, 'insbesondere den vor dem 1. August 1953 abgeschlossenen', dem Vermieter nunmehr die Möglichkeit gegeben werde, die bisherige Miete bis zur Kostenmiete zu erhöhen. Die Begründung des Regierungsentwurfs, auf die in dem erwähnten Bericht des Abgeordneten Hauße als Berichterstatters des Bundestagsausschusses für Wiederaufbau und Wohnungswesen ausdrücklich zustimmend Bezug genommen worden ist, ergibt also mit aller Klarheit:

Dem Vermieter sollten nicht nur dann die Rechte aus § 22 Abs. 1 1. BMG zustehen, wenn die Mietvereinbarung durch die Preisbindung bedingt und vor dem 1. August 1953 getroffen worden war, mag auch in diesen Fällen, worauf die mit 'insbesondere' beginnende soeben wiedergegebene Einfügung hindeutet, es vorzugsweise angezeigt gewesen sein, eine Besserstellung des Vermieters herbeizuführen, sondern nach dem Willen des Gesetzgebers in Übereinstimmung mit dem Wortlaut der Vorschrift bezieht sich § 22 Abs. 1 1. BMG auf den gesamten nach dem 31. Dezember 1949 bezugsfertig gewordenen steuerbegünstigten Wohnraum, gleichgültig, wann die Mietvereinbarung getroffen worden ist."

Es handelt sich hier also um einen Fall einer Bezugnahme auf einen einzelnen entstehungsgeschichtlichen Aspekt.

In Anbetracht der erstrangigen Bedeutung und der hohen sachlichen Qualität dieses Aspektes ist hier aber dennoch die Berufung des 8. Senats auf den Willen des Gesetzgebers nur schwer angreifbar.

Das in der amtlichen Begründung verwendete Wort "insbesondere" stellt unzweifelhaft die vor dem 1.8.1953 begründeten Mietverhältnisse lediglich heraus, besagt also eben gerade nicht, daß alle nach dem 1.8.1953 geschlossenen Verträge nicht unter die Vorschrift fallen sollen¹⁾.

1) Vgl. auch Pieterek, ZMR 1959, S. 225.

4. BGHZ 36, 370

In diesem Beschluß vom 15. Februar 1962 hatte der Kartellsenat zu entscheiden, ob eine Preisbindung für Markenwaren nach § 16 GWB auch auf den Ausschluß der Gewährung von Barzahlungsrabatten nach § 2 RabG erstreckt werden kann.

Für seine Argumentation, daß auch durch die Entstehungsgeschichte bestätigt werde, daß diese Frage zu bejahen sei, bringt der Senat zunächst einige allgemeine Erwägungen aus der amtlichen Begründung zu der einschlägigen Vorschrift des Regierungsentwurfs und aus den Ausschlußberatungen.

Weiterhin wird dann ausgeführt, daß in der zu entscheidenden Frage des Ausschlusses von Barzahlungen die Auffassung des Ausschusses geschwankt hat.

"Zunächst hatte er die Aufnahme einer - von einem Unterausschuß erarbeiteten - Bestimmung in § 11 des Entwurfs beschlossen, nach der Barzahlungsnachlässe gemäß § 2 RabG durch die Preisbindung nicht ausgeschlossen werden durften (vgl. das Kurzprotokoll über die 106. Sitzung des Ausschusses vom 23. März 1956). In der zweiten Lesung hat er diese Bestimmung jedoch wieder gestrichen (Kurzprotokoll über die 156. Sitzung des Ausschusses vom 6. Februar 1957), und das Plenum des Bundestages ist ihm darin gefolgt. Den Gesetzesmaterialien kann nicht entnommen werden, daß der Beschluß des Ausschusses auf Streichung auf den im Kurzprotokoll inhaltlich wiedergegebenen Hinweis eines Abgeordneten zurückzuführen gewesen wäre, die Zulassung von Barzahlungsnachlässen 'durchbreche den Wunsch der Markenartikelhersteller auf ein lückenloses System der Preisbindung'. Den aus der Annahme eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen diesem Hinweis und dem Beschluß des Ausschusses gezogenen Folgerungen fehlt daher in tatsächlicher Hinsicht eine tragfähige Grundlage. Sie bedürfen deshalb nicht der weiteren Erörterung."

Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs ist diesbezüglich wesentlich, daß von den an dem Zustandekommen des Gesetzes beteiligten Organen zumindest der für das Gesetz federführende Ausschuß des Bundestages die hier in Rede stehende, im Wirtschaftsleben seit langem als bedeutsam hervorgetretene Erscheinungsform der Preisbindung, nämlich die mit dem Ausschluß von Barrabatten verbundene, wiederholt in den Kreis seiner Erwägungen einbezogen, von ihrem Ausschluß aus dem Anwendungsbereich des § 16 aber trotzdem bewußt abgesehen hat. Zwar scheint in diesem Falle auf den ersten Blick viel dafür zu sprechen, daß die vom BGH vertretene Auffassung tatsächlich mit dem Willen des Gesetzgebers in Einklang steht.

Insbesondere der Hinweis in der Entscheidungsbegründung darauf, daß offenbar Vertreter der Gegenmeinung aus der Annahme eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen der Äußerung eines Abgeordneten und dem Beschluß des Ausschusses auf Streichung bestimmte, in die gegenteilige Richtung gehende Folgerungen gezogen haben, gab aber Veranlassung dazu, hier etwas tiefer in die Problematik einzusteigen.

Dabei hat sich ergeben, daß auch einiges gegen die Richtigkeit der Argumentation des Bundesgerichtshofs, auch die Entstehungsgeschichte bestätige, daß der Ausschluß von Barzahlungsrabatten zulässig sei, spricht.

So hat die Vorinstanz¹⁾ ausgeführt, daß gegen eine Auslegung des § 16 Abs. 1 GWB, wonach die Gewährung von Barzahlungsnachlässen nicht ausgeschlossen werden darf, auch nicht der Gang der Gesetzgebung spreche. Die Streichung sei ersichtlich nur unter dem Eindruck des irrigen Hinweises eines Ausschußmitgliedes erfolgt, daß mit der Zulassung von Barzahlungsnachlässen das System der Preisbindung aufgeweicht werde.

1) KG, WuW/E OLG 386.

"Es ist nun anzunehmen, daß es in der 156. Sitzung des Ausschusses für Wirtschaftspolitik nicht zu einer Streichung der Bestimmung gekommen wäre, die einen Ausschluß der Gewährung von Barzahlungsnachlässen i.S. des § 2 RabG ausdrücklich verbot, wenn diesem Ausschluß das tatsächliche Verhalten einer Gruppe der Markenartikelhersteller sowie die Auffassung des Reichsgerichts über die Unerheblichkeit der Barzahlungsrabattgewährung für die Lückenlosigkeit des Preisbindungssystem bekannt gewesen wäre. Offensichtlich hat der Ausschuß die Streichung des betreffenden Satzes in der irrigen Annahme beschlossen, daß sonst infolge einer Durchbrechung der Lückenlosigkeit das Preisbindungssystem aufgeweicht und schließlich rechtlich unwirksam werden könnte. Daher ist festzustellen, daß der Gesetzgeber nach § 16 GWB eine Preisbindungsvereinbarung der zweiten Hand im einzelnen nur insoweit hat als zulässig ansehen wollen, als die einzelne Vereinbarung zur Wirksamkeit der jeweiligen Preisbindung auch erforderlich ist. Das ist bei dem Ausschluß der Gewährung des Barzahlungsrabatts nicht der Fall."¹⁾

Auch in dem dieser Entscheidung vorausgegangenen Beschluß der Einspruchsabteilung des Bundeskartellamts heißt es ausdrücklich²⁾, daß das Ergebnis, daß die Gewährung von Barzahlungsnachlässen nicht ausschließbar ist, auch nicht durch die Entstehungsgeschichte des § 16 GWB in Frage gestellt werde. Die Streichung besage nur, daß die Bindungsfähigkeit der Barzahlungsrabatte vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich verneint wird, die Frage nach ihrer Zulässigkeit vielmehr allein aus der Gesamtauslegung des § 16 GWB zu beurteilen ist.

1) Diese Darlegungen zeigen, daß das Vorliegen fehlerhafter Überlegungen im Gesetzgebungsverfahren zumindest im Raum steht (vgl. dazu auch nachstehend die Ausführungen von Kirschstein).

2) WUW/E BKartA 238.

Auch in der einschlägigen Literatur finden sich etliche mit der Auffassung des Kartellsenats nicht übereinstimmende Stellungnahmen.

Kirschstein hebt z.B. ebenso wie das Kammergericht besonders hervor, daß die Gewährung von Barzahlungsnachlässen das Preisbindungssystem nicht lückenhaft mache¹⁾: Entscheidend sei, daß im Wirtschaftspolitischen Ausschuß auf die Lückenlosigkeit der Preisbindung abgestellt wurde, diese aber durch die Gewährung von nach dem Rabattgesetz zulässigen Barzahlungsnachlässen gar nicht berührt werde.

Fikentscher²⁾ begründet seine Ablehnung der BGH-Entscheidung damit, daß man, gerade wenn man das Markenpreisbindungsprivileg, wie die amtliche Begründung es tut, damit begründet, daß sich bei der Verwendung von Markenwaren der Wettbewerb aus den Händlerstufen auf die Stufe der Markenartikelproduzenten verlagert, für den verbleibenden Restwettbewerb der Händler untereinander zumindest die Möglichkeit von Barzahlungsrabatten offenlassen müsse.

Wenn auch nicht behauptet werden soll, daß diese Argumente der Vertreter der Gegenmeinung restlos davon überzeugen können, daß der Wille des Gesetzgebers tatsächlich in die entgegengesetzte Richtung gegangen ist, so stellen sie doch die entstehungsgeschichtliche Argumentation des Kartellsenats zumindest so erheblich in Frage, daß jedenfalls von einem klaren Willen des Gesetzgebers im Sinne der Auffassung des Senats keine Rede sein kann.

1) WuW 1959, S. 236/237 mit weiteren Nachweisen.

2) In: Wettbewerb als Aufgabe, S. 279.

5. BGHZ 37, 58

Der Ausgang des Rechtsstreits war hier von der Beantwortung der Frage abhängig, ob die Erhöhung des Erbteils des Ehegatten gemäß § 1371 Abs. 1 BGB den Pflichtteil der pflichtteilsberechtigten Abkömmlinge auch dann mindert (§ 2303 Abs. 1 Satz 2 BGB), wenn der überlebende Ehegatte auf Grund einer letztwilligen Verfügung des verstorbenen Ehegatten Alleinerbe geworden ist.

Diesbezüglich legt der 4. Senat, der sich der die Frage bejahenden Auffassung angeschlossen hat, dar, daß dieses Auslegungsergebnis durch den dem Bundestag vor der Verabschiedung des Gleichberechtigungsgesetzes vorgelegten Bericht des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht, gegen den im Bundestag insoweit keine Beanstandungen erhoben worden sind, bestätigt werde.

Darin heiße es ausdrücklich, daß dem überlebenden Ehegatten die Erhöhung des Erbteils und damit des Pflichtteils auch dann zugute kommen solle, wenn der Erblasser testiert habe.

Auch wenn sich der BGH hier wiederum nur auf einen einzelnen entstehungsgeschichtlichen Aspekt beruft, ist der Begründungswert des Arguments doch als ziemlich hoch einzustufen, da zum einen einem im Bundestag unbeanstandet gebliebenen Bericht des Rechtsausschusses unter den unterschiedlichen Gesetzesmaterialien ein hoher Stellenwert zukommt und weil zum anderen dieser auch noch eine unmittelbare Antwort auf die in der Entscheidung gestellte Frage enthält, also auch eine hohe sachliche Qualität gegeben ist.

6. BGHZ 43, 269

In diesem Urteil des 7. Senats vom 25.2.1965 ging es um die Frage des Rechtswegs für eine Klage des Staates gegen ein beauftragtes Institut auf Schadensersatz wegen pflichtwidriger Verwaltung einer Umstellungsgrundschuld, wobei zu berücksichtigen war, daß zwischen den Parteien öffentlichrechtliche Beziehungen bestanden. Nach § 40 Abs. 2 Satz 1 VwGO ist u.a. "für Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlichrechtlicher Pflichten" der ordentliche Rechtsweg gegeben.

"Diese Ansprüche sind dort neben den ebenfalls im ordentlichen Rechtsweg zu verfolgenden vermögensrechtlichen Ansprüchen aus Aufopferung für das gemeine Wohl und aus öffentlichrechtlicher Verwahrung genannt. Das berechtigt zu der Annahme, daß der ordentliche Rechtsweg nur dann gegeben sein soll, wenn aus der Verletzung öffentlichrechtlicher Pflichten Schadensersatzansprüche gegen die öffentliche Hand hergeleitet werden (vgl. auch BGH III ZR 70/61 v. 7. Februar 1963 = LM Nr. 9 zu § 40 VwGO; BGH III ZR 70/63 v. 21. Dezember 1964 = BB 1965, 142; Brückler, DRiZ 1964, 372), was hier nicht der Fall ist.

Eine andere Auffassung führte dazu, Schadensersatzansprüche ganz allgemein dem Verwaltungsweg zu entziehen. Das hat nicht in der Absicht des Gesetzgebers der Verwaltungsgerichtsordnung gelegen. Vielmehr bestätigt die Entstehungsgeschichte das durch die Fassung der Vorschrift nahegelegte Ergebnis.

Bei der Beratung der Vorschrift des § 40 VwGO (§ 38 des Entwurfs) hat, wie der III. Zivilsenat in dem genannten Urteil vom 7. Februar 1963 ausgeführt hat, der Gedanke der 'Sachnähe' eine bedeutsame Rolle gespielt. So ist in der Sitzung des Ausschusses für Rechtswesen

und Verfassungsrecht vom 15. Juni 1955 von einem Vertreter der Bundesregierung darauf hingewiesen worden, es sei zweckmäßig, daß über solche Streitigkeiten, die mit den durch Art. 14 und 34 GG den ordentlichen Gerichten zugewiesenen Streitigkeiten aus Enteignung und Amtspflichtverletzung eng zusammenhängen, ebenfalls die ordentlichen Gerichte entschieden; auch Ansprüche aus öffentlichrechtlicher Verwahrung und aus der Verletzung öffentlichrechtlicher Pflichten seien so eng mit Ansprüchen aus Amtspflichtverletzung verkoppelt, daß man über sie die ordentlichen Gerichte entscheiden lassen sollte (vgl. das Protokoll Nr. 65 des 16. Ausschusses des Deutschen Bundestags 2. Wahlperiode 1953, S. 17). Ebenso heißt es im Bericht des Rechtsausschusses vom 12. Mai 1959 (Deutscher Bundestag 3. Wahlperiode, Drucksache 1094) zu § 38 des Entwurfs, der Rechtsausschuß halte eine Vorschrift für erforderlich, nach der für solche öffentlichrechtlichen Streitigkeiten der ordentliche Rechtsweg e r h a l t e n b l e i b e, in denen ein enger Sachzusammenhang mit der Enteignung und der Amtshaftung gegeben sei."

Zwar kommt einem Bericht des Rechtsausschusses, unterstützt durch eine Äußerung eines Vertreters der Bundesregierung, ein relativ hoher Rang unter den verschiedenen Gesetzesmaterialien zu.

In diesem Fall enthält der Bericht allerdings im Gegensatz z.B. zu der Entscheidung BGHZ 37, 58 keine unmittelbare Antwort auf die in der Entscheidung gestellte Frage, sondern nur einen gewissen Anhaltspunkt¹⁾.

1) Die angeführten entstehungsgeschichtlichen Aspekte zeigen eben, wie auch der BGH (a.a.O., S. 278) selbst erkennt, nur, daß durch § 40 Abs. 2 Satz 1 VwGO keineswegs alle Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlichrechtlicher Pflichten den ordentlichen Gerichten zugewiesen werden sollen.

Ob man auch in einem solchen Fall noch von einem ausreichend festgestellten Willen des Gesetzgebers sprechen sollte, ist zumindest zweifelhaft.

Es handelt sich hier um einen nur bei Anlegung eines nicht besonders strengen Maßstabs gerade noch akzeptierbaren Grenzfall.

7. BGHZ 55, 324

In dieser Entscheidung findet sich eine entstehungsgeschichtliche Argumentation, die auch bei Anlegung eines strengeren Maßstabs bestehen kann.

Der Senat für Notarsachen hatte zu entscheiden, ob die Bewerbung eines schwererwerbsbeschränkten Rechtsanwalts, der sich um eine im Oberlandesgerichtsbezirk Stuttgart ausgeschriebene Anwaltsnotarstelle beworben hat, nach § 37 Abs. 1 SGB bevorzugt zu behandeln ist, wenn die Hauptfürsorgestelle den Rechtsanwalt nach § 2 SGB einem Schwerbeschädigten gleichgestellt hat.

Der BGH bemängelt an der eine Vorzugsstellung nach § 37 SGB ablehnenden Entscheidung der Vorinstanz, daß diese sich nicht mit § 2 Abs. 1 Satz 2 SGB auseinandergesetzt hat.

"Nach dieser Bestimmung finden auf die gleichgestellten Personen 'die Vorschriften dieses Gesetzes entsprechende Anwendung'. Eine Ausnahme gilt nur für den hier nicht einschlägigen §34 (Zusatzurlaub), der lediglich auf einen Teil der Gleichgestellten entsprechend anwendbar ist.

Nach diesem klaren Gesetzeswortlaut ist auf den Schwerbeschädigten Gleichgestellte § 37 SGB entsprechend anzuwenden. Das zeigt auch mit einer jeden Zweifel ausschließenden Deutlichkeit die Entstehungsgeschichte der Vorschrift.

Der von der Bundesregierung eingebrachte Entwurf eines Änderungsgesetzes zum Schwerbeschädigtengesetz (Bundestagsdrucksache III/1256) lautete in § 2 Abs. 1 Satz 2:

'Auf die gleichgestellten Personen finden die Vorschriften dieses Gesetzes mit Ausnahme der §§ 31, 33, 35 und 36 entsprechende Anwendung.'

Dabei entsprach § 36 des Entwurfs inhaltlich dem jetzigen § 37 SBG. Eine Bevorzugung der Gleichgestellten bei zulassungsbedingter unabhängiger Tätigkeit sollte nach dem Regierungsentwurf also nicht stattfinden.

Bei den Beratungen des federführenden Bundestagsausschusses für Kriegsoffer- und Heimkehrerfragen ist die Frage, ob entgegen diesem Vorschlag auf die Gleichgestellten alle Vorschriften des Schwerbeschädigtengesetzes anzuwenden seien, eingehend erörtert worden (Bericht des Ausschusses, Bundestagsdrucksache III/2701 S. 2). Gegen den Widerstand des Vertreters der Bundesregierung, der eine systemwidrige Durchbrechung des in § 1 SBG zum Ausdruck gekommenen Grundsatzes der sogenannten 'Vorleistung für die Allgemeinheit' befürchtete, hat sich der Ausschuß unter Berücksichtigung der Wünsche der Interessenverbände dem Vorschlag des Bundesrates angeschlossen, der die Beseitigung der in § 2 Abs. 1 Satz 2 des Entwurfes der Bundesregierung enthaltenen Beschränkungen vorsah (Protokolle über die Sitzungen des Ausschusses: 47. Sitzung vom 11. Januar 1961 S. 4-8; 55. Sitzung vom 12. April 1961 S. 8-22; 57. Sitzung vom 20. April 1961 S. 4-6). Der Bundesrat hatte die von ihm vorgeschlagene Änderung, die dann Gesetz geworden ist, wie folgt begründet (Bundesratsdrucksache 228/59):

'Zusatzurlaub ist nur ein Ausgleich für erhöhte Beanspruchung der Schwerbeschädigten im Arbeitsleben. Es erscheint daher nicht gerechtfertigt, § 33 auch für die unter 50 v. H. Erwerbsgeminderten anzuwenden. Die §§ 31, 35, 36 sollten jedoch wie bisher auch für Gleichgestellte gelten.'

Die in dieser Begründung genannten §§ 33 und 36 entsprechen den §§ 34 und 37 der jetzt geltenden Fassung des Schwerbeschädigtengesetzes."

Es dürfte unverkennbar sein, daß es sich hierbei um einen seriösen, ziemlich umfassend unternommenen Versuch, einen konkreten Willen des Gesetzgebers zu ermitteln, handelt, der im Endeffekt auch zum Erfolg geführt hat.

8. BGHZ 62, 160

In diesem Beschluß vom 11.2.1974 hat der Senat für Anwaltssachen entschieden, daß ein bei einem OLG singular zugelassener Rechtsanwalt auch ohne Erfüllung der 5-jährigen Wartefrist des § 226 Abs. 2 BRAO beim untergeordneten Amts- und Landgericht simultan zugelassen werden kann.

"Die hier vertretene Auffassung wird auch durch die Materialien zum Änderungsgesetz von 1972 bestätigt. Bei der 2. und 3. Lesung dieses Gesetzes im Bundestag hat der Berichterstatter Abg. Dürr geäußert (vgl. Protokoll der 195. Sitzung des Bundestages vom 22. Juni 1972 S. 11470):

'Daß nach fünf Jahren Landgerichtstätigkeit ein beim Landgericht zugelassener Anwalt die Zulassung beim Oberlandesgericht beantragen darf, heißt nicht - um Mißverständnissen vorzubeugen - daß es umgekehrt einem nur beim Oberlandesgericht zugelassenen Anwalt verboten sein soll, nach Inkrafttreten dieses Gesetzes auch die Landgerichtszulassung zu erstreben. Dieses Bedenken, das in den letzten Tagen gebracht wurde, ist unbegründet. § 226 Abs. 2 durchbricht den Grundsatz des § 25 BRAO. Nach dem Inkrafttreten können auch die allein beim Oberlandesgericht zugelassenen Anwälte die Zulassung beim Landgericht beantragen.'

Bei der Beratung des Rechtsausschusses des Bundesrates am 28. Juni 1972 (Protokoll der 386. Sitzung des Rechtsausschusses) hat Ministerialdirigent Dr. Roitzsch ausgeführt:

'Die Vorschrift des § 226 Abs. 2 BRAO sei dahin ausulegen, daß sie § 25 BRAO u.a. auch im Lande Baden-Württemberg materiell außer Kraft setzt und daß deshalb nach ihrem Inkrafttreten umgekehrt auch die bisher sin-

gular beim Oberlandesgericht zugelassenen Rechtsanwälte zugleich beim Landgericht zugelassen werden können, ohne daß eine Wartefrist einzuhalten ist. Von dieser Auslegung der Neufassung des § 226 Abs. 2 BRAO sei offensichtlich auch der Rechtsausschuß des Bundestages bei der Beratung des § 226 Abs. 2 ausgegangen.'

Der Vertreter des Bundesjustizministeriums hat darauf in derselben Sitzung erklärt, daß seitens der Bundesregierung diese Auffassung geteilt werde.

Diese Äußerungen aus dem Gesetzgebungsverfahren sind zwar für die Gerichte nicht bindend. Sie zeigen jedoch, daß der Gesetzgeber das Problem gesehen hat und in demselben Sinne lösen wollte, wie nach der oben dargelegten Auffassung der Senat."

Der BGH greift in diesem Fall also, im Gegensatz zu etlichen anderen Entscheidungen, in denen auch übereinstimmende abweichende Stellungnahmen mehrerer am Gesetzgebungsverfahren Beteiligter ausdrücklich für irrelevant erklärt werden¹⁾, einfach einige einzelne Äußerungen aus dem Gesetzgebungsverfahren heraus, um seine Auffassung noch zusätzlich zu untermauern²⁾.

Zwar kann im Regelfall bei einer Berufung auf einzelne Äußerungen aus dem Gesetzgebungsverfahren nicht so ohne weiteres von einem zureichend festgestellten Willen des Gesetzgebers gesprochen werden.

Auch der BGH selbst weist hier auf die relativ geringe Relevanz dieser Äußerungen hin³⁾.

1) Vgl. z.B. die bereits oben im 3. Teil angeführten Entscheidungen EGHZ 13, 265 (276/277) und BGHZ 67, 339 (341).

2) Die Gegensätzlichkeit der Argumentation in dieser Entscheidung und den in Fußnote 1) genannten Judizien hat ihre Ursache ganz einfach darin, daß hier die einzelnen Äußerungen dem BGH als Argument zur Stützung der von ihm bevorzugten Auslegungsalternative sehr gut ins Konzept passen, während dies in den angeführten anderen Judizien eben gerade nicht der Fall ist.

3) Wohl um sich nicht völlig in Widerspruch zu seinen sonstigen Stellungnahmen zu dieser Problematik zu setzen.

Andererseits kann aber in diesem Fall im Hinblick auf die Frage der Korrektheit der Berufung auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers auch nicht ganz unberücksichtigt bleiben, daß es sich hier um mehrere übereinstimmende Stellungnahmen von nicht gerade unbedeutenden Persönlichkeiten handelt, und daß der sachliche Gehalt dieser Äußerungen doch ziemlich hoch ist.

Es liegt hier somit wiederum ein Grenzfall vor, bei dem aber, trotz des geringen Gewichts einzelner Äußerungen, eine positive Beurteilung zumindest wenn man keinen allzu strengen Maßstab anlegt, durchaus vertretbar erscheint, da dem BGH hier nicht abgesprochen werden kann, daß die Äußerungen tatsächlich zeigen, daß der Gesetzgeber das Problem gesehen hat und daß er es wohl auch in dem dargelegten Sinn lösen wollte.

9. BGHZ 76, 338

In diesem Urteil des 2. Senats ging es um die Auslegung des § 6 Abs. 3 PublG.

Hiernach werden die Abschlußprüfer bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung, bei bergrechtlichen Gewerkschaften und bei Personenhandelsgesellschaften von den Gesellschaftern oder den Gewerken gewählt, soweit nicht das Gesetz, die Satzung oder der Gesellschaftsvertrag etwas anderes vorsehen.

Seine Auffassung, daß bei einer KG alle Gesellschafter, d.h. die persönlich haftenden Gesellschafter und die Kommanditisten gemeinsam den Abschlußprüfer zu wählen haben, begründet der 2. Senat insbesondere mit dem allgemeinen Sprachgebrauch und der in handels- und gesellschaftsrechtlichen Gesetzen üblichen Begriffsbestimmung.

"Diese Auslegung des Begriffs 'Gesellschafter' wird auch von der Entstehungsgeschichte der Vorschrift bestätigt. Entgegen der Auffassung der Klägerinnen kann hierfür allerdings nicht allein der Regierungsentwurf herangezogen werden. Dieser bestimmte zwar eindeutig: 'Bei Personenhandelsgesellschaften wirken alle Gesellschafter bei der Wahl der Abschlußprüfer mit; wenn der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt, genügt für den Beschluß die Mehrheit der Stimmen.' Er wurde in dieser Form jedoch nicht Gesetz. Entscheidend erscheint, daß der Rechtsausschuß des Deutschen Bundestags, wie sich aus seinem schriftlichen Bericht (nachstehend: Ausschlußbericht) ergibt, die Gesetz gewordenen Formulierung gewählt hat, um die 'nach bisherigem Recht zulässige Gestaltungsfreiheit' zu erhalten (Ausschlußbericht zu § 6), und eine weitergehende Änderung des Regierungsentwurfs nicht gewollt war."

Die Argumentation gewinnt hier dadurch erheblich an Überzeugungskraft, daß sich der BGH an die Regel hält, daß bei einer Berufung auf einzelne entstehungsgeschichtliche Aspekte für die Frage der Relevanz der entsprechenden Gesichtspunkte neben dem Rang und der sachlichen Qualität auch die konkrete Beziehung zur endgültigen Gesetzesformulierung nicht unberücksichtigt bleiben darf.

Erst die Aussage, daß sich aus dem Ausschlußbericht¹⁾ ergibt, daß eine weitergehende Änderung des Regierungsentwurfs nicht gewollt war, macht die Argumentation aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift hier stichhaltig.

1) Also einem entstehungsgeschichtlichen Aspekt von hohem Rang.

10. BGHZ 83, 17

In diesem Fall kann die Berufung auf die gesetzgeberischen Vorstellungen nicht unbeanstandet bleiben, da im Gesetzgebungsverfahren nachweislich fehlerhafte Überlegungen angestellt worden sind und auch im übrigen von einem klaren Willen des Gesetzgebers keine Rede sein kann.

Es ging in diesem Urteil des 4a-Senats vom 20.1.1982 um die Verjährungsregelung des § 68 StBerG. Hiernach verjährt der Anspruch des Auftraggebers auf Schadensersatz aus dem zwischen ihm und dem Steuerberater bestehenden Vertragsverhältnis in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Anspruch entstanden ist.

"Die Verjährung aus § 68 StBerG beginnt mit der Entstehung des Anspruchs; eine Kenntnis des Berechtigten von den anspruchsbegründenden Tatsachen ist nicht erforderlich. Dies ist in der Rechtsprechung anerkannt (BGHZ 73, 363, 365; BGH Urteil vom 18. Juni 1979 - VII ZR 167/78 - NJW 1979, 2211; vgl. auch Urteil vom 10. April 1968 - V ZR 13/65 - NJW 1968, 1381, dort auch weitere Nachweise). Der Senat hält an dieser Auffassung trotz der in letzter Zeit im Schrifttum geübten Kritik (van Venrooy, Betrieb 1981, 2364) fest. Es läßt sich zwar nicht leugnen, daß die Frist des § 68 StBerG unter Berücksichtigung der Belange der geschädigten Mandanten zu kurz ist (so van Venrooy aaO; ähnlich für § 51 BRAO der VI.Zivilsenat des Bundesgerichtshofes im Urteil vom 20. Mai 1975 - VI ZR 138/74 - NJW 1975, 1655). Der Gesetzgeber wollte jedoch, wie sich aus dem Wortlaut der Vorschrift ergibt und durch die Entstehungsgeschichte bestätigt wird, den Beginn der Verjährung nicht an die Kenntnis des Mandanten von den anspruchsbegründenden Umständen knüpfen."

...

"Eine besondere Verjährungsvorschrift für Schadensersatzansprüche gegen steuerliche Berater wurde erstmals durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Steuerberatungsgesetzes vom 11. August 1972 (BGBl I 1401) als § 29a in das Steuerberatungsgesetz eingefügt. Die Bestimmung geht auf den von den Abgeordneten von Bockelberg, Ott und Genossen eingebrachten Entwurf eines Gesetzes über eine Berufsordnung der Wirtschaftsprüfer - Steuerberater (BTDrucks. VI/1617) zurück; § 51 dieses Entwurfs stimmte wörtlich mit § 51 BRAO überein. Er wurde im Rahmen der Ausschußberatungen in den Entwurf des zweiten Gesetzes zur Änderung des Steuerberatungsgesetzes (BTDrucks. VI/1424) als § 29a übernommen. In der Ausschußsitzung vom 4. November 1971 (Prot. Nr. 44 Seite 9 f.) regte der Vertreter des Bundesfinanzministeriums an, die Worte 'spätestens jedoch in drei Jahren nach der Beendigung des Auftrags' zu streichen, der Mandant müsse auch im Falle späterer Betriebsprüfungen noch Ersatzansprüche stellen können. Dem schloß sich der Finanzausschuß und später auch das Plenum des Bundestags an. Van Venrooy (aaO. S. 2368) bemerkt mit Recht, daß die Änderung nicht folgerichtig war: Die Streichung der zweiten Alternative des Entwurfs konnte Mandanten bei Schäden, die durch eine nach Jahren vorgenommene Betriebsprüfung aufgedeckt wurden, nicht helfen, wenn im Zeitpunkt der Betriebsprüfung die Verjährungsfrist aus der ersten Alternative bereits abgelaufen war. Die hierin liegende Inkonsequenz ist jedoch dadurch beseitigt worden, daß die Rechtsprechung angenommen hat, der Schadensersatzanspruch des Mandanten entstehe, wenn ein Fehler des Steuerberaters zu einem ungünstigen Ergebnis der Außenprüfung geführt hat, mit der Schlußbesprechung."

Gerade diese vom BGH angeführten Materialien machen deutlich, daß bereits im Gesetzgebungsverfahren gesehen wurde, daß aus § 68 StBerG Unbilligkeiten resultie-

ren würden und daß man versucht hatte, dem entgegenzusteuern. Wenn der ohnehin nur in den seltenen Fällen wesentliche Teilsatz, in denen die schädigende Handlung noch nicht während des Mandatsverhältnisses zur Entstehung eines Schadensersatzanspruches geführt haben sollte, mit der ausdrücklichen Bemerkung gestrichen wurde, der Mandant müsse auch im Falle späterer Betriebsprüfungen noch Ersatzansprüche stellen können, so liegt es allerdings auf der Hand, daß die Rechtfertigung für die Streichung ins Leere geht: Nur ein hinausgeschobener Verjährungsbeginn hätte geschädigten Mandanten von Steuerberatern helfen können, nicht aber die Festlegung des Verjährungsschlusses¹⁾.

Es bleibt somit festzuhalten, daß zum einen im Gesetzgebungsverfahren die im Widerspruch zur Auslegung des BGH stehende Tendenz zum Ausdruck gekommen ist, daß dem Mandanten geholfen werden müsse und daß zum anderen die angestellten Überlegungen auch noch nachweislich fehlerhaft sind, so daß insgesamt von einem mit hinreichender Deutlichkeit aus den Materialien erkennbaren Willen des Gesetzgebers im Sinne der Auffassung des Bundesgerichtshofs keinesfalls gesprochen werden kann.

1) Vgl. van Venrooy, Betrieb 1981, S. 2368.

- b) Entscheidungen, in denen dem entstehungsgeschichtlichen Argument eine ausschlaggebende bzw. zumindest eine mittragende Bedeutung zukommt

1. BGHZ 2, 16

In diesem Beschluß des 4. Senats findet sich eine absolut korrekte Feststellung des Willens des historischen Gesetzgebers. Seine Auffassung, daß in nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten die Revision, abgesehen von den Fällen des § 547 ZPO, nur zulässig ist, wenn sie von dem OLG in dem angefochtenen Urteil zugelassen ist, begründet der BGH hier damit, daß diese Auslegung allein den Zwecken, die der Gesetzgeber mit der von ihm gewählten Fassung der §§ 545 ff ZPO verfolgt hat, entspreche.

"Daß auch die jetzt geltende Fassung des § 546 ZPO nach dem Sinne des Gesetzgebers im gleichen Sinne anzuwenden ist, zeigt die Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift. Die Regierungsvorlage des Entwurfs einer Zivilprozeßordnung enthielt bereits in Ziffer 80 den § 546 in seiner jetzt geltenden Fassung, nur war dort als Wert des Beschwerdegegenstandes für die Zulässigkeit der Revision in vermögensrechtlichen Streitigkeiten ein Betrag von 10 000 DM vorgeschlagen worden. Die amtliche Begründung führt zu diesem Vorschlag aus, für die Erteilung der Zulassung sei das Berufungsgericht am besten geeignet, weil es den Rechtsstreit aus der vorausgegangenen Verhandlung ohne weiteres übersehen und daher am ehesten ermessen könne, welche Bedeutung ihm zukommt. Der Bundesrat hat in seinen Änderungsvorschlägen für den § 546 die Einführung einer sofortigen Beschwerde gegen die Versagung der Zulassung vorgeschlagen. Dagegen hat der Bundesjustizminister in der 43. Sitzung des Bundestags Stellung genommen mit der Begründung, der

Vorschlag des Bundesrats würde zu einer erheblichen Mehrbelastung des Bundesgerichtshofs führen, ohne daß damit ein sachdienliches Ergebnis verbunden wäre (Amtliche Berichte 1436 AB).

In den Beratungen des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht ist die Regierungsvorlage unverändert geblieben. Nur der Beschwerdegegenstand für die Zulässigkeit der Revision in vermögensrechtlichen Streitigkeiten wurde auf 6 000 DM herabgesetzt. Bei der zweiten Beratung des Entwurfs in der 79. Sitzung des Bundestages hat der Abgeordnete Neumayer dazu als Berichterstatter ausgeführt, daß der Vorschlag des Bundesrats, die sofortige Beschwerde für den Fall zu gestatten, daß das Oberlandesgericht die Revision für nicht zulässig erklärt habe, aus 'ökonomischen' Gründen abgelehnt worden sei (Amtliche Berichte 2875 C). Bei der dritten Beratung des Entwurfs in der 81. Sitzung des Bundestages schlug der Abgeordnete Dr. Reismann vor, die Zulässigkeit der Revision nicht allein von der Entscheidung der Oberlandesgerichte abhängig zu machen, wie es in dem Entwurf vorgesehen sei. Die Frage sei, ob das Gericht, das das angefochtene Urteil gefällt habe, auch in der Lage sein solle zu verhindern, daß eine obere Instanz angerufen werde. Er beantragte deswegen die Zulassung einer sofortigen Beschwerde gegen eine Ablehnung der Revision durch das Oberlandesgericht, damit das Revisionsgericht selbst entscheiden könne, ob der Fall revisionswürdig sei. Er betonte, daß die Vergangenheit gezeigt habe, daß die Gerichte entgegen dem, was sie sollten, in der Ebene der Oberlandesgerichte eine selbständige Rechtsprechung neben dem Reichsgericht entwickelt hätten. Diesem Antrag ist der Bundesjustizminister entgegengetreten. Er hat darauf hingewiesen, daß die von dem Abgeordneten Dr. Reismann vorgeschlagene Änderung außerordentlich kostspielig sei (Amtliche Berichte 3070 E, 3071 A).

Der Antrag des Abgeordneten Dr. Reismann wurde darauf von der Bundestagsmehrheit abgelehnt und der § 546 ZPO in seiner jetzt vorliegenden Fassung entsprechend der Regierungsvorlage beschlossen."

Man kann hier von einer mustergültigen Gesamtbetrachtung der Gesetzesmaterialien sprechen, durch die dann auch ein eindeutiger Wille des historischen Gesetzgebers erkennbar wird.

2. BGHZ 9, 322

Als äußerst dürftig muß demgegenüber die entstehungsgeschichtliche Argumentation in dieser Entscheidung des 3. Senats angesehen werden.

In diesem Urteil vom 30.4.1953 ging es darum, ob Art. 33 Art. 5 GG, wonach das Recht des öffentlichen Dienstes unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln ist, nur ein Programmsatz und eine Anweisung an den Gesetzgeber für künftige Gesetze ist oder ob ihm unmittelbare Wirkung zukommt.

"Der Wortlaut dieser Bestimmung 'ist zu regeln' scheint zwar für die erstere Auffassung zu sprechen. Dies ist aber auch das einzige gewichtige Argument, das die Vertreter dieser Auffassung für ihre Ansicht anführen können. Es erscheint dem Senat angesichts der noch gewichtigeren Gegengründe nicht als so zwingend, um dieser Auslegung den Vorzug zu geben. Die Entstehungsgeschichte zeigt keineswegs, daß der Verfassungsgesetzgeber dieser Bestimmung nur den Wert eines Programmsatzes für die Zukunft beilegen wollte. In den Verhandlungen des Parlamentarischen Rats (227 f) wurden über die Fassung dieses Absatzes verschiedene Vorschläge gemacht, die zum Teil auch, wie die von dem Abgeordneten Seeböhm vorgeschlagene Fassung '.... finden Anwendung' klar auf eine unmittelbare Wirkung hinzielen. Die Tatsache, daß in diesen Verhandlungen längere Zeit über die Formulierung dieser Bestimmung gestritten wurde und eine klare Erklärung, warum gerade die endgültige Fassung gewählt wurde, fehlt, läßt es jedenfalls nicht als angebracht erscheinen, ausschließlich auf eine reine Wortauslegung abzustellen.

Es ist daher in erster Linie auf die von dem Verfassungsgesetzgeber mit dieser Bestimmung verfolgte Ab-

sicht abzustellen. Diese geht aber, wie in den Verhandlungen des Parlamentarischen Rats von dem Abgeordneten Kaufmann unwidersprochen zum Ausdruck gebracht wurde, dahin, die Rechtsstellung der Beamten in gleicher Weise wie hergebracht zu erhalten."

Schon in der Argumentation des Bundesgerichtshofs selbst klingt zumindest an, daß die Gesetzesmaterialien für die Beantwortung der zu entscheidenden Frage eigentlich unergiebig sind¹⁾.

Eine deswegen vorgenommene genaue Überprüfung der Materialien hat dann auch tatsächlich ergeben, daß unmittelbar nach der vom BGH angeführten Äußerung des Abgeordneten Kaufmann der Abgeordnete Wagner sogar ausdrücklich dahingehend Stellung genommen hat, daß die Vorschrift überhaupt nicht erforderlich und somit zu streichen sei.

Hierüber sei im Ausschuß eine vollständige und einmütige Einigung zustande gekommen. "Gerade die Frage der Gestaltung des Berufsbeamtentums in der Zukunft - wir sind in die Materie nicht weiter hineingestiegen, weil wir uns gesagt haben, daß durch die Streichung ... die Diskussion überflüssig sein wird - ist eine sehr umfangreiche Materie, bei der man nicht die alten Wege gehen kann."²⁾

Abgesehen von dem begrenzten Begründungswert eines solchen Arguments kann von einer unwidersprochenen Äußerung hier demzufolge nicht einmal rein faktisch die Rede sein. Unter diesen Umständen kann in einem Fall, in dem zusätzlich auch noch der Wortlaut für die gegentei-

1) Nämlich durch die Aussage, daß in den Verhandlungen längere Zeit über die Formulierung der Bestimmung gestritten worden sei, und eine klare Erklärung, warum gerade die endgültige Fassung gewählt wurde, fehle.

2) Vgl. Verhandlungen des Parlamentarischen Rats, S. 327.

lige Auffassung spricht, die entscheidend auf die gesetzgeberischen Absichten abstellende Argumentation nicht mehr gebilligt werden.

3. BGHZ 17, 108

In dieser Entscheidung ging es um die Frage, ob die Einweisung eines Mündels in eine geschlossene Anstalt durch den nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestellten Vormund einer richterlichen Anordnung nach Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG bedarf oder nicht. Nach dieser Vorschrift hat über die Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung nur der Richter zu entscheiden.

Der 4. Senat schließt sich in diesem Beschluß vom 30.3.1955 der Auffassung an, daß Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG einschränkend dahin auszulegen sei, daß das darin vorgesehene richterliche Zulassungsverfahren nur dann Platz greife, wenn die Freiheitsentziehung von einem Träger der öffentlichen Gewalt angeordnet werde.

"Dafür spricht weiter entscheidend die Entstehungsgeschichte des Art. 104 GrundG (vgl. hierzu Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Neue Folge, Bd. 1 Seite 745 ff). Art. 104 geht zurück auf die Vorschrift des Art. 114 WeimRVerf. Diese bestimmt in Abs. 1 Satz 2 ausdrücklich, daß die Beeinträchtigung oder die Entziehung der persönlichen Freiheit durch die öffentliche Gewalt nur auf Grund von Gesetzen zulässig sei und daß Personen, denen die Freiheit entzogen werde, spätestens am darauffolgenden Tage in Kenntnis zu setzen seien, von welcher Behörde und aus welchen Gründen die Entziehung der Freiheit angeordnet werde.

Art. 3 des Herrenchiemseer Entwurfs zum Grundgesetz sagt in Abs. 2 ausdrücklich, daß jeder 'von der öffentlichen Gewalt Festgenommene' auf Verlangen, spätestens am Tage nach der Festnahme, dem zuständigen Richter vorzuführen sei. Der Entwurf hat offensichtlich die Schaf-

fung einer dem Art. 114 aaO entsprechenden Vorschrift im Auge. Bei späteren Redaktionen der betreffenden Bestimmungen, die schließlich zu der Vorschrift des Art. 104 Abs. 2 GrundG in der heute geltenden Fassung führten, ist der Hinweis auf die 'öffentliche Gewalt' weggelassen worden. Jedoch lassen die Beratungen und Erörterungen der mit der Verfassungsgebung betrauten Gremien nicht erkennen, daß damit mehr als eine nur redaktionelle Änderung erstrebt wurde. Aus diesen Umständen ist zu entnehmen, daß Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GrundG dem Schutze vor gesetzwidrigen Übergriffen der Verwaltung dienen soll (v. Mangoldt aaO). Dementsprechend ist er aber in dem eingeschränkten Sinne zu verstehen, daß er sich nur gegen Eingriffe von Trägern öffentlicher Gewalt richtet."

Die entstehungsgeschichtliche Argumentation des Bundesgerichtshofs krankt hier insbesondere daran, daß die sachliche Qualität des entscheidenden entstehungsgeschichtlichen Aspekts äußerst gering ist.

Nachdem gerade die Streichung des Hinweises auf die öffentliche Gewalt ohne weiteres als Indiz dafür gewertet werden kann, daß die Vorschrift nicht nur bei einer Entziehung der Freiheit durch die öffentliche Gewalt, sondern allgemein gelten soll, hätte der BGH sogar unbedingt¹⁾ den Nachweis führen müssen, daß damit tatsächlich keine sachliche Änderung gewollt war.

Der Satz, die Beratungen und Erörterungen ließen nicht erkennen, daß damit mehr als eine nur redaktionelle Änderung erstrebt wurde, kann in einem solchen Fall keinesfalls als ausreichend angesehen werden.

Daß demzufolge hier von einem aus den Materialien klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers keine Rede sein kann, dürfte jedenfalls unverkennbar sein.

1) Wie er dies z.B. in der Entscheidung BGHZ 76, 338 auch getan hat.

4. BGHZ 19, 247

In diesem Urteil vom 9.12.1955 hatte der 5. Senat darüber zu entscheiden, ob § 8 des Geschäftsraummietengesetzes, der unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf Widerruf der Kündigung gewährte, einschränkend dahingehend auszulegen ist, daß er sich nur auf Mietverhältnisse bezieht, die erst durch § 5 GRMG vom Mieterschutz ausgenommen worden sind.

Obwohl dem Wortlaut des § 8 keine dahingehende Einschränkung zu entnehmen ist und auch die Gliederung des Geschäftsraummietengesetzes dagegen spricht¹⁾, wird diese Frage vom BGH bejaht.

"Indessen folgt die Notwendigkeit einer derartigen Auslegung aus der Entstehungsgeschichte und dem Sinn des Geschäftsraummietengesetzes."

...

"Der am 20. Februar 1952 beim Bundestag eingebrachte Regierungsentwurf des Gesetzes (Drucksache Nr. 3126 des Bundestages, 1. Wahlperiode), der die Überschrift 'Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung der Vorschriften über die Aufhebung des Mieterschutzes bei Geschäftsräumen und gewerblich genutzten unbebauten Grundstücken' hatte, war nicht in Abschnitte gegliedert. Dessen bedurfte es auch nicht, weil er die Vorschriften des späteren Gesetzes (Geschäftsraummietengesetz) über Freigabe der Miete (Erster Abschnitt des GRMG) und über Aufhebung des Mieterschutzes (Zweiter Abschnitt des GRMG) noch nicht enthielt, sich vielmehr auf die Vorschriften über den Widerruf der Kündigung (Dritter Abschnitt des GRMG) beschränkte. Was insbesondere die Freigabe der Mieten und die Aufhebung des Mieterschutzes anbelangt, so ging der Entwurf davon aus, daß diese Materien schon durch Abschnitt V (§§ 13-

1) Vgl. S. 248 der Entscheidungsbegründung.

16) der Verordnung über Maßnahmen auf dem Gebiete des Mietpreisrechts vom 29. November 1951 - BGBl I, 920 und durch § 2 der bereits genannten Verordnung vom 27. November 1951 geregelt waren. Dementsprechend beschrieb § 1 des Regierungsentwurfs (d.i. § 8 des späteren Gesetzes) die Mietverhältnisse über Geschäftsräume usw, gegen deren Kündigung der Mieter sich mit dem Verlangen nach Widerruf der Kündigung sollte wehren können, als solche, die 'vor dem 1. Dezember 1951 begründet worden und gemäß § 2 der Verordnung über Ausnahmen vom Mieterschutz vom 27. November 1951 (Bundesgesetzblatt I S 926) von den Vorschriften des ersten Abschnittes des Mieterschutzgesetzes ausgenommen' sind. Hier findet sich also die Verbindung zu der auf Grund der Erweiterung des Regierungsentwurfs durch den Bundestag schließlich in § 5 des Gesetzes zum Ausdruck gekommenen Regelung. In § 8 des Gesetzes mußte die Verweisung auf § 2 der Verordnung vom 27. November 1951 wegfallen, weil der Inhalt dieser Bestimmung im wesentlichen eben in den § 5 des Gesetzes übernommen worden ist und dementsprechend durch § 23 des Gesetzes der § 2 der Verordnung außer Kraft getreten ist. Dabei wird übersehen worden sein, daß es zur Klarstellung angebracht gewesen wäre, in § 8 des Gesetzes (entsprechend dem § 1 des Regierungsentwurfs) darauf hinzuweisen, daß der dort geregelte neuartige Bestandsschutz dann nicht gewährt wird, wenn sich die Versagung des Mieterschutzes alter Art bereits aus anderen Bestimmungen als dem § 5 des Gesetzes ergab.

Der noch zu erörternde Sinn des Gesetzes spricht jedenfalls entscheidend dagegen, daß der Gesetzgeber mit der Fassung, die § 8 des Gesetzes in den Ausschlußbera-

tungen des Bundestages erhalten hat, im Vergleich zu § 1 des Regierungsentwurfs eine Ausweitung des darin vorgeschlagenen neuartigen Bestandsschutzes gewollt hat, die offenbar der inneren Berechtigung entbehrt. Für eine derartige Absicht ist denn auch aus dem schriftlichen Bericht des federführenden Ausschusses für Wiederaufbau und Wohnungswesen vom 31. Mai 1952 (Drucksache Nr. 3419 des Bundestages, 1. Wahlperiode) kein Anhaltspunkt zu entnehmen."

Es kann hier weder das Argument, daß die Klarstellung wohl übersehen worden sei, noch das Argument, daß dem Bericht des Ausschusses kein Anhaltspunkt für eine gegenteilige Absicht zu entnehmen sei, überzeugen. So ist es dann auch nicht verwunderlich, daß eine Durchsicht der vom BGH angeführten Fundstellen für die gegenteilige Auffassung ergeben hat, daß der Wille des Gesetzgebers wohl in die entgegengesetzte Richtung gegangen ist.

So führt beispielsweise Weitnauer diesbezüglich in einer in der Zeitschrift für Miet- und Raumrecht veröffentlichten Abhandlung¹⁾ aus, daß in der vom BGH angeführten Entwurfsbestimmung die Einschränkung klar und deutlich zum Ausdruck komme. Ebenso unzweideutig fehle diese aber in dem endgültigen Text des Gesetzes. Hieraus ergebe sich, daß die anfänglich vorgesehene Einschränkung nachträglich gestrichen worden, das Problem also nicht übersehen, sondern in einem bestimmten Sinne gelöst worden sei.

Diesen einleuchtenden Darlegungen kommt zusätzlich auch noch deswegen ein hoher Begründungswert zu, weil es sich bei Weitnauer um den zuständigen Sachbearbeiter im Bundesjustizministerium, also einen unmittelbar am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten handelt, der sich "aus sei-

1) ZMR 1953, S. 75 ff.

ner Kenntnis der Entstehungsgeschichte"¹⁾ zu der Streitfrage geäußert hat²⁾.

1) Vgl. a.a.O., S. 76.

2) Vgl. weiterhin z.B. auch noch Bettermann, ZMR 1953, S. 305, der ebenfalls ausführt, daß die Entstehungsgeschichte zeige, daß die weite Fassung des § 8 GRMG nicht auf einem Redaktionsversehen beruhe, sondern bewußt und gewollt auch die bisher ungeschützten Miet- und Pachtverhältnisse in seinen Geltungsbe- reich einbezogen habe - in Abweichung vom Regierungs- entwurf.

5. BGHZ 29, 195

Die Entscheidung dieses Rechtsstreits hing von der Auslegung des § 754 Nr. 6 HGB ab. Nach dieser Bestimmung entstehen Schiffsgläubigerrechte bei Forderungen der Bodmereigläubiger, welchen das Schiff verbodmet ist, sowie bei Forderungen aus sonstigen Kreditgeschäften, die der Schiffer als solcher während des Aufenthalts des Schiffes außerhalb des Heimathafens in Notfällen abgeschlossen hat (§§ 528, 541), auch wenn er Miteigentümer oder Alleineigentümer des Schiffes ist.

Im 2. Halbsatz werden den Forderungen aus solchen Kreditgeschäften die Forderungen wegen Lieferungen oder Leistungen gleichgestellt, die ohne Gewährung eines Kredits dem Schiffer als solchem während des Aufenthalts des Schiffes außerhalb des Heimathafens in Notfällen zur Erhaltung des Schiffes oder zur Ausführung der Reise gemacht sind.

Der 4. Senat hatte sich dabei mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die Worte "in Notfällen" in § 754 Nr. 6 HGB ein zusätzliches Erfordernis für die Anwendung der Vorschrift darstellen oder ob sie nur zum Ausdruck bringen sollen, daß die Voraussetzungen des § 528 HGB gegeben sein müssen, daß also solche Kreditgeschäfte vorliegen, die zur Ausführung der Reise notwendig und zur Befriedigung des Bedürfnisses erforderlich sind. Der BGH schloß sich der letzteren Auffassung an und führte diesbezüglich aus, daß sich die Richtigkeit dieser schon vom Reichsgericht vertretenen Ansicht eindeutig aus der Entstehungsgeschichte ergebe.

"Der jetzige § 528 HGB geht auf Art. 429 des preußischen Entwurfes zurück, der sich nur mit der Befugnis des Schiffers zur Aufnahme von Darlehen, nicht dagegen zum Abschluß sonstiger Rechtsgeschäfte befaßte (Lutz, Protokolle Beilagenband I 347). Der Referentenentwurf

(Protokolle 1893 § 4) erweiterte die Befugnisse des Schiffers über den Abschluß von Darlehensgeschäften hinaus auf sonstige Borggeschäfte, wobei davon ausgegangen wurde (Protokolle 1881, 1889), daß der Schiffer alle außergewöhnlichen Rechtsgeschäfte nur dann vornehmen dürfe, wenn sie auf der Reise notwendig würden. Bei den späteren Änderungen der Fassung (Protokolle 1903, 1919, 3769, 4470, Entw. ADHGB Art. 497 (Lutz Beilagenband II, 97)) wurde der Begriff der Notwendigkeit beibehalten. Wie aus den Diskussionen hervorgeht (Protokolle 1892, 1898, 1918, 3771, 4470, 4475 f; vgl. auch 2543, 2606, 2609) wurden diese Fälle der Notwendigkeit als Notfälle bezeichnet (so auch das Reichsgericht in RGZ 83, 130, 132, 135; RG WarnRspr 1917 Nr. 78; OLG Hamburg HansRGZ 1928 B Sp. 213). Daraus ist zu erklären, daß in dem jetzigen § 754 Nr. 6 HGB erster Halbsatz der Ausdruck 'in Notfällen' enthalten ist und nichts anderes bedeutet als die Verweisung auf § 528 HGB. Im zweiten Halbsatz des § 754 Nr. 6 HGB konnte auf § 528 HGB nicht Bezug genommen werden, da er die Forderungen aus Rechtsgeschäften regelt, in denen der Schiffer die Zahlung schuldig geblieben ist, obwohl ihm nicht kreditiert worden ist. Da im zweiten Halbsatz das Merkmal der Notwendigkeit nicht enthalten ist, wurde dafür der Ausdruck 'in Notfällen' aufgenommen, der aber nichts anderes bedeutet als das Wort 'notwendig' in § 528 Abs. 1 HGB. Daß dem so ist, ergibt auch hier die Entstehungsgeschichte der auf Art. 681 des preußischen Entwurfs (Lutz Beilagenband I 395) zurückgehenden Vorschrift des § 754 HGB. Der Referentenentwurf (§ 1 Nr. 7, Protokoll 2850) enthielt lediglich den ersten Halbsatz. Später (Protokolle 4475 ff, 4481 ff) wurde einmal eine sachliche Änderung dieser Vorschrift (nach der damaligen Zählung Art. 651) und der damit korrespondierenden Vorschrift des Art. 451 (siehe Protokolle 3770 f, jetzt § 528) beantragt, indem an die

Stelle der Notwendigkeit die Zweckmäßigkeit gesetzt werden sollte; gleichzeitig wurden dagegen Bedenken erhoben, daß an die Stelle des Wortes 'Notwendigkeit' in Art. 651 der Ausdruck 'in Notfällen' gewählt wurde. In beiden Fällen hat jedoch die Kommission die Änderungswünsche abgelehnt. Gleichzeitig wurde jedoch die Einfügung des zweiten Halbsatzes beschlossen (Protokolle 4476 f); dabei ergibt gerade die dort enthaltene Begründung für die Einfügung dieser Bestimmung, daß im zweiten Halbsatz die Worte 'in Notfällen ... gemacht' nichts anderes als 'notwendig' (§ 528 HGB, damals Art. 451) bedeuten, da der zweite Halbsatz der Fassung des Art. 451 angepaßt werden sollte. Wenn aber im zweiten Halbsatz der Ausdruck 'in Notfällen' in dem bezeichneten Sinn zu verstehen ist, so ergibt sich wiederum, daß er auch im ersten Halbsatz in diesem Sinn gebraucht ist, da eine unterschiedliche Regelung dieser Voraussetzung in den beiden Halbsätzen sinnlos wäre."

Dem BGH muß hier zugestanden werden, daß er den Willen des Gesetzgebers durch eine umfassende Auseinandersetzung mit den Gesetzesmaterialien einwandfrei ermittelt hat.

Seine Aussage, daß durch die Entstehungsgeschichte etwaige Zweifel, die nach dem Wortlaut der Vorschrift bestehen könnten, beseitigt werden, ist demzufolge nicht zu beanstanden.

6. BGHZ 39, 1

In diesem Urteil vom 7. Januar 1963 kam es entscheidend darauf an, wie die Worte "aus der Geschäftsbesorgung" in § 667 BGB zu verstehen sind.

Nach dieser Bestimmung hat der Beauftragte dem Auftraggeber alles herauszugeben, was er aus der Geschäftsführung erlangt hat.

"Nach der einen Ansicht fallen darunter auch alle für den Beauftragten persönlich bestimmten Vorteile, die ihm aus einem mit der Geschäftsführung in innerem Zusammenhang stehenden Grund zugeflossen sind, wenn die Besorgnis besteht, er könnte durch sie veranlaßt werden, die Interessen seines Geschäftsherrn außer acht zu lassen; es werden damit also auch die 'Schmiergelder' erfaßt, und zwar selbst dann, wenn sie der Gewährende nur dem ungetreuen Angestellten zukommen lassen wollte. Diesen Standpunkt hat insbesondere das Reichsgericht in den Entscheidungen RGZ 99, 31 und 164, 98 vertreten.

Die andere Auffassung meint, solche 'Schmiergelder' habe der Beauftragte anläßlich oder gelegentlich der Geschäftsführung erhalten. Deswegen sei § 667 BGB nicht anwendbar und der Geschäftsherr könne die Herausgabe nur verlangen, wenn und soweit ihm Schadensersatzansprüche zustünden (vgl. die Nachweise in dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 14. Juli 1961, NJW 1961, 2036 = AP, § 687 BGB Nr. 1 mit Anm. von Isele).

Der Senat schließt sich im Ergebnis und in der Begründung der erwähnten Rechtsprechung des Reichsgerichts an, der der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in dem Urteil vom 29. Oktober 1962 - II ZR 194/60 (BGHZ 38, 171) bereits gefolgt ist. Es mag sein, daß der

Wortlaut des § 667 BGB beide Auslegungen zuläßt. Nach dem mit der Vorschrift verfolgten Zweck und nach ihrer Entstehungsgeschichte sollen aber gerade solche, im inneren Zusammenhang mit der Geschäftsbesorgung stehenden Sondervorteile des Beauftragten, wie die 'Schmiergelder', ergriffen werden; das hat das Reichsgericht aaO überzeugend dargelegt. Es besteht kein Anlaß, dem nicht Rechnung zu tragen."

Das Reichsgericht hat in der angeführten Entscheidung RGZ 99, 31 diesbezüglich ausgeführt, daß nach den Motiven § 667 BGB ganz allgemein gehalten worden sei, weil man glaubte, auf diese Weise am sichersten Zweifel abzuschneiden und den Gesetzeszweck am besten zu erreichen. In der zweiten Kommission sei alsdann, wie den Protokollen zu entnehmen ist, bei der Beratung des § 592 des Entwurfs (jetzt § 667) von einem Teilnehmer ohne Widerspruch der anderen Mitglieder bemerkt worden, daß der Beauftragte auch Extraprovisionen und Geschenke herausgeben müsse, die er wegen des Abschlusses des Geschäftes von Dritten erhalten habe. Schließlich habe dann die Redaktionskommission die Worte "dasjenige, was" durch "alles, was" ersetzt.

Wenn es sich hierbei auch nicht unbedingt um eine mustergültige entstehungsgeschichtliche Argumentation handelt, so ist doch der sachliche Gehalt der angeführten entstehungsgeschichtlichen Aspekte hoch genug, um von einem mit hinreichender Deutlichkeit aus den Materialien erkennbaren Willen des Gesetzgebers sprechen zu können. Bereits die Bemerkung, daß auch Extraprovisionen und Geschenke herauszugeben seien, gibt zumindest einen gewissen Anhaltspunkt, insbesondere aber ist es die Entscheidung der Redaktionskommission für die Worte "alles, was" anstatt "dasjenige, was" die zeigt, daß jeder Vorteil der in einem inneren Zusammenhang mit der Geschäftsführung steht, von § 667 BGB erfaßt werden soll.

7. BGHZ 44, 220

Diesem Rechtsstreit lag das äußerst umstrittene Rechtsproblem zugrunde, ob die Frist des § 1671 Abs. 3 BGB eine Ausschlußfrist ist oder nicht.

Nach dieser Vorschrift trifft das Vormundschaftsgericht, wenn die Eltern innerhalb von zwei Monaten nach Rechtskraft des Scheidungsurteils keinen Vorschlag gemacht haben, welchem Elternteil die elterliche Gewalt zustehen soll, die Regelung, die unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse dem Wohle des Kindes am besten entspricht.

Seine Auffassung, daß es sich nicht um eine Ausschlußfrist handelt, begründet der 4. Senat damit, daß er zwar in einer früheren Entscheidung unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des § 1671 n.F. BGB dargelegt habe, daß mit der Neufassung des Gesetzes keine grundsätzliche Änderung beabsichtigt war, er jedoch dort zugleich ausgeführt habe, daß sich aus der Begründung des Entwurfs eindeutig ergebe, daß die Bedeutung eines übereinstimmenden Vorschlags der Eltern verstärkt werden sollte. Diese erhöhte Bedeutung, die der Gesetzgeber einem gemeinsamen Vorschlag der Eltern einräumen wollte, habe in der Neuregelung auch in mehrfacher Hinsicht ihren Ausdruck gefunden. Auch gegenüber der bisherigen Rechtsprechung des Senats sehe die Neuregelung eine weitergehende Bindung des Vormundschaftsgerichts an den gemeinsamen Elternwillen vor.

Weiterhin führt der BGH noch aus, daß auch eine Äußerung des Vorsitzenden des Familienrechtsausschusses in dessen 63. Sitzung erkennen lasse, daß es sich um keine Ausschlußfrist handle. Der Vorsitzende habe hier ohne Widerspruch der Ausschlußmitglieder erklärt, die Frist von zwei Monaten dürfe keine Ausschlußfrist sein, nach deren Ablauf über die Einigung der Eltern hinweggegangen werden könne oder solle.

An dieser wesentlich auf eine frühere Entscheidung Bezug nehmenden Argumentation ist zunächst einmal bemerkenswert, daß es sich bei den die Gegenmeinung vertretenden Autoren Massfeller und Reinicke um am Gesetzgebungsverfahren maßgeblich Beteiligte handelt¹⁾.

Diese führen in ihrer Abhandlung "Zu dem Entwurf eines Gesetzes über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts"²⁾, auf die sogar auch der schriftliche Bericht des Ausschusses des Bundestags hinsichtlich der Einzelheiten der Neuregelung des § 1671 BGB ausdrücklich verweist³⁾, folgendes aus:

"In § 1671 Abs. 3 Satz 1 des Entwurfs ist geregelt, in welcher Zeit die Eltern den Vorschlag gemacht haben müssen⁴⁾, damit er die in Abs. 2 bestimmte Wirkung hat. ... Haben die Eltern innerhalb von 2 Monaten nach Rechtskraft des Scheidungsurteils keinen Vorschlag gemacht oder billigt das Vormundschaftsgericht (gemäß § 1671 Abs. 2 des Entwurfs) ihren Vorschlag nicht, so hat es⁵⁾ gemäß § 1671 Abs. 3 Satz 1 des Entwurfs die Entscheidung zu treffen, die unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse dem Wohl des Kindes am besten entspricht."

Nachdem sich der letzte Satz auch noch nahezu gleichlautend in der amtlichen Begründung zum Regierungsentwurf findet⁶⁾, kann hier somit von einem aus den Materialien klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers im

1) Sie gehörten nämlich dem vierköpfigen Gremium, dem die Ausarbeitung des Entwurfs des Gleichberechtigungsgesetzes übertragen worden war, an.

2) In: Beilage zum Bundesanzeiger Nr. 59 vom 26.3.1957, S. 9.

3) Vgl. Massfeller, Das gesamte Familienrecht, Band 1, Anmerkung zu § 1671.

4) Unterstreichung des Verfassers.

5) Unterstreichung des Verfassers.

6) Vgl. den Abdruck bei Massfeller/Reinicke, Das Gleichberechtigungsgesetz.

Sinne der vom 4. Senat vertretenen Auffassung überhaupt keine Rede sein. Daran kann auch die vom BGH angeführte Äußerung des Vorsitzenden des Familienrechtsausschusses keinesfalls etwas ändern, da bei einem Widerspruch zwischen einer einzelnen Äußerung aus dem Gesetzgebungsverfahren einerseits und einer amtlichen Begründung zum Regierungsentwurf sowie einem Ausschlußbericht andererseits eindeutig letzteren der Vorrang gebührt.

Besonders zu mißbilligen ist hier auch noch, daß der BGH sich ja sogar auf einen, seiner Auffassung zumindest nicht entgegenstehenden allgemeinen Satz aus der Begründung zum Entwurf beruft¹⁾, den für die Beantwortung der zu entscheidenden Frage maßgeblichen Satz aus der Begründung aber, da er ihm nicht ins Konzept paßt, einfach unterschlägt. Es handelt sich hier also um einen Fall, in dem die Materialien in völlig unkritischer Weise zur Stützung der Ansicht, die das Gericht vertritt, ausgebeutet werden.

1) Vgl. die Darstellung der Argumentation des BGH.

8. BGHZ 80, 173

Mit diesem Urteil vom 13.3.1981 bestätigte der 1. Senat die Entscheidung der Vorinstanz, daß sich eine Pfändung nach § 357 HGB auf den sogenannten Zustellungssaldo erstreckt und nicht - unter Ausschluß neuer Schuldposten - auf den nächsten periodisch fällig werdenden Abschlußsaldo.

"Aus der Entstehungsgeschichte des § 357 HGB folgt, daß der Gesetzgeber bewußt eine Ausnahme vom Grundsatz der periodischen Verrechnung machen wollte, wenn dies auch im Wortlaut der Bestimmung nicht hinreichend deutlich wird. In den Vorentwürfen hat der Wille des Gesetzgebers einen klareren Ausdruck gefunden (vgl. § 299 Abs. 2 des Kommissionsentwurfs und § 328 Abs. 1 des ersten Entwurfs). Nach der ursprünglichen Fassung sollte der Gläubiger bei einer Pfändung in das Kontokorrent den Betrag verlangen können, 'der sich als Überschuß zu Gunsten des Schuldners ergibt, wenn die Rechnung für den Zeitpunkt der Pfändung abgeschlossen wird'. Dementsprechend heißt es in der amtlichen Begründung, daß eine nachträgliche Erhöhung des Guthabens des Schuldners dem Gläubiger nicht zugute kommen solle, wenn ungeachtet der Pfändung das Kontokorrentverhältnis fortgesetzt werde (vgl. Denkschrift I S. 200). Aus den Materialien ist zu entnehmen, daß mit der heute geltenden Fassung eine sachliche Änderung des Zeitpunktes der Pfändung nicht bezweckt war. Dies kommt in der amtlichen Begründung zum zweiten Entwurf (vgl. Denkschrift II S. 215) zum Ausdruck, in der erneut hervorgehoben wird, daß dem Gläubiger eine nachträgliche Erhöhung des Guthabens des Schuldners nicht zugute kommen solle. Der Gläubiger müsse, wenn er sich eine etwaige Erhöhung sichern wolle, ausdrücklich die Pfändung des demnächstigen Saldos beantragen."

Wenn der BGH hier entscheidend auf den Willen des Gesetzgebers abstellt, so wird diese Argumentation durch die angeführte Entstehungsgeschichte einwandfrei gestützt.

Zwar hätte es allein nicht als ausreichend angesehen werden können, daß der Wille des Gesetzgebers in den Vorentwürfen einen klaren Ausdruck gefunden hat.

Die Korrektheit der Argumentation ergibt sich hier aber daraus, daß anhand der Materialien eindeutig nachgewiesen werden kann, daß mit der endgültigen Gesetzesfassung eine sachliche Änderung nicht beabsichtigt war. Erst dadurch wird dann der erforderliche Zusammenhang mit der späteren Gesetzesformulierung hergestellt.

Im übrigen ist bei dieser Entscheidung noch besonders bemerkenswert, daß sich der BGH zu der von ihm ansonsten so häufig und gern herangezogenen Andeutungstheorie sogar explizit in Widerspruch setzt.

Er beruft sich auf den Willen des Gesetzgebers, der in diesem Fall zur Begründung seiner Auffassung dienlich ist und sieht sich daran hier auch dadurch in keinster Weise gehindert, daß dieser Wille im Wortlaut nicht mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck kommt.

9. BGHZ 83, 71

In diesem Urteil ging es um die Frage, ob einem Taxifahrer, der auf einer längeren Leerfahrt den Sicherheitsgurt nicht anlegt und deswegen bei einem Unfall Verletzungen erleidet von dem Schädiger der Einwand des Mitverschuldens entgegengehalten werden kann. Gemäß § 21a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StVO sind Taxifahrer von der Verpflichtung, während der Fahrt Sicherheitsgurte anzulegen, ausdrücklich ausgenommen.

"Maßgebend ist aber nicht allein der Wortlaut des § 21a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StVO, sondern sein Sinn und Zweck. Die Vorschrift will den Taxifahrer nicht allgemein davon entbinden, sich wie andere Kraftfahrer anzuschnallen. Die Freistellung gilt vielmehr nur für Fahrten, auf denen der Taxi- (oder Mietwagen-) fahrer auch tatsächlich Fahrgäste befördert (einschränkend nur auf Fahrten im Mietwagenverkehr auch Cramer, Straßenverkehrsrecht, 2. Aufl., § 21a StVO Rdnr. 11; vgl. auch Händle NJW 1979, 2290). Das folgt aus der Entstehungsgeschichte der gesetzlichen Regelung, die den Sinn der Ausnahme deutlich macht. Es heißt nämlich in der amtlichen Begründung zu § 21a StVO (VB1 1975, 675 ff): 'Die Taxifahrer und Mietwagenfahrer sind von der Anlegepflicht ausgenommen, wegen der persönlichen Gefährdungen, denen sie in Ausübung ihres Berufes ausgesetzt sind. Schon wiederholt konnten Taxifahrer oder Mietwagenfahrer einem Anschlag auf ihr Leben dadurch entgehen, daß sie sich aus der geöffneten Tür fallen ließen.'

Nur die Abwägung der besonderen Gefährdung des Taxifahrers während der Fahrgastbeförderung gegenüber dem allgemeinen Nutzen des Sicherheitsgurtes rechtfertigt mithin, es ihm freizustellen, ob er sich anschnallen will oder nicht. Aus dem Fehlen einer ausdrücklichen

Einschränkung des Befreiungstatbestandes auf Fahrten, bei denen sich das erwähnte Risiko auch verwirklichen kann, also Fahrten mit Fahrgästen, läßt sich nicht herleiten, daß Taxi- und Mietwagenfahrer immer dann, wenn sie leer fahren, keinen Sicherheitsgurt anzulegen brauchen. Dafür gibt es keine Rechtfertigung."

Wenn es sich auch in diesem Fall erneut nur um eine Berufung auf einen einzelnen entstehungsgeschichtlichen Aspekt handelt, so ist es doch auch hier wiederum der Rang und der relativ hohe sachliche Gehalt des Aspekts der die Argumentation des Bundesgerichtshofs stichhaltig macht.

10. BGHZ 85, 32

In diesem Urteil vom 22.9.1982 begründet der BGH seine nicht unbestrittene Auffassung, daß wenn eine Restitutionsklage gemäß den §§ 581 Abs. 1, 580 Nr. 3 ZPO auf die strafbare Verletzung der Wahrheitspflicht durch einen Zeugen gestützt wird, das Zivilgericht bei der Prüfung des Restitutionsgrundes nicht an die rechtskräftige Verurteilung im Strafverfahren gebunden ist, sondern sich selbst davon zu überzeugen hat, daß die strafbare Handlung begangen worden ist, entscheidend damit, daß im Gesetzgebungsverfahren deutlich zum Ausdruck gekommen sei, daß eine Bindung des Zivilgerichts an die strafrechtliche Verurteilung bei der Prüfung des Restitutionsgrundes nicht beabsichtigt war.

Diesbezüglich verweist der 4 b-Senat dann zunächst auf die Begründung zu § 520 des Entwurfs, der dem § 581 ZPO entspricht, in der es ausdrücklich heißt, daß die im Strafverfahren erfolgende Verurteilung für den Richter im Zivilverfahren nicht bindend ist, wobei allerdings die dem Zivilrichter belassene Freiheit der Beurteilung mehr eine prinzipielle als eine tatsächliche sei und ein Auseinandergehen der Urteile nur unter besonderen Umständen erwartet werden könne.

"In den weiteren Beratungen wurde im Interesse des Abschneidens nochmaliger Beweiserhebungen über die strafbare Handlung der Änderungsantrag gestellt, daß durch das rechtskräftige Strafurteil voller Beweis der strafbaren Handlung begründet werde. Dieser Antrag setzte sich nicht durch. Es wurde dargelegt, daß § 520 des Entwurfs nur formelle Voraussetzungen für die Restitutionsklage enthalte; ob die strafbare Handlung wirklich begangen sei oder nicht, darüber habe der Zivilrichter nach freiem Ermessen zu entscheiden (vgl. Hahn aaO S.745)."

Es handelt sich hierbei um ein Beispiel, das zeigt, daß es auch möglich ist, auf einer halben Druckseite korrekt und überzeugend darzulegen, in welche Richtung der Wille des Gesetzgebers gegangen ist.

Durch diese Analyse von 20 per Zufall ausgewählten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs wird zum einen deutlich, daß es in vielen Fällen durchaus möglich ist, einen konkreten Willen des Gesetzgebers eindeutig festzustellen.

Andererseits hat sich aber auch gezeigt, daß in etlichen Fällen von einem korrekt aus den Materialien ermittelten Willen keine Rede sein kann.

Statistisch betrachtet sieht es so aus, daß sich in vier der insgesamt 20 Entscheidungen mustergültige Gesamtbetrachtungen der Entstehungsgeschichte finden, durch die ein klarer Wille des Gesetzgebers erkennbar wird und daß in weiteren sieben Fällen zumindest von einem zureichend festgestellten Willen gesprochen werden kann.

Demgegenüber kann aber auch in immerhin sieben Entscheidungen der vom BGH angenommene Inhalt des Willens des Gesetzgebers vor dem Hintergrund der herausgearbeiteten Kriterien nicht bestehen. Zwei Judizien wurden als Grenzfälle eingestuft, in denen die Beurteilung davon abhängig ist, ob ein strenger Maßstab angelegt wird oder nicht.

Aufgegliedert nach den beiden Gruppen sieht das Ergebnis wie folgt aus:

- a) Bei unterstützender Funktion des entstehungsgeschichtlichen Arguments:

mustergültig	2
korrekt	3
nicht korrekt	3
Grenzfälle	2

b) Bei ausschlaggebender Bedeutung des entstehungsgeschichtlichen Arguments:

mustergültig	2
korrekt	4
nicht korrekt	4

Besonders bemerkenswert ist an diesen Ergebnissen der Untersuchung neben dem hohen prozentualen Anteil der Fälle, in denen von einem korrekt aus den Materialien ermittelten Willen des Gesetzgebers keine Rede sein kann¹⁾, daß sich hinsichtlich der beiden Gruppierungen nahezu identische Resultate ergeben haben, obwohl doch anzunehmen und eigentlich auch als selbstverständlich vor auszusetzen gewesen wäre, daß der BGH zumindest in den Entscheidungen, in denen er sich entscheidend auf den Willen des Gesetzgebers stützt, verstärkt darum bemüht sein würde, wenigstens die Mindestanforderungen, die an entstehungsgeschichtliche Interpretation zu stellen sind, zu erfüllen.

Weiterhin fällt noch besonders negativ auf, daß es sich auch gerade bei den Judizien, in denen die begründetsten Anhaltspunkte dafür bestehen, daß der Wille des Gesetzgebers in Wirklichkeit in die entgegengesetzte Richtung gegangen ist²⁾, um Fälle der Gruppe b) handelt.

Als Fazit bleibt festzuhalten, daß dem BGH jedenfalls insgesamt gesehen, ein problemgerechter Umgang mit den Gesetzesmaterialien nicht attestiert werden kann.

1) 35 % ohne Berücksichtigung der Grenzfälle.

2) BGHZ 19, 247; 44, 220.

FÜNFTER TEIL

NACH FALLGRUPPEN GEGLIEDERTE DARSTELLUNG VON ENTSCHEIDUNGEN, IN DENEN DER BUNDESGERICHTSHOF AUSDRÜCKLICH GEGEN DIE GESETZSMATERIALIEN ENTSCHEIDET

Neben Judizien, in denen der BGH zwar anklingen läßt, daß sich die Gegenmeinung auf die Entstehungsgeschichte beruft, er dann aber nicht weiter auf die in den Materialien zum Ausdruck gekommenen Vorstellungen des Gesetzgebers eingeht (vgl. hierzu oben, 2. Teil II. 3), sind in der Argumentationspraxis des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen auch häufig Entscheidungen anzutreffen, in denen ausdrücklich gegen eindeutige Gesetzesmaterialien Stellung genommen wird.

- a) Hierbei sind zunächst die Fälle, in denen sich der Bundesgerichtshof auf die Andeutungstheorie beruft, zu nennen¹⁾.
- b) Eine besonders bedeutsame Fallgruppe rekrutiert sich aus Judizien, in denen unter Berufung auf gewandelte Verhältnisse²⁾ den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers kein Gewicht mehr beigemessen wird.

Hierbei kann zunächst die Entscheidung BGHZ 2, 355 angeführt werden.

-
- 1) Hinsichtlich dieser gewichtigen Fallgruppe kann an dieser Stelle auf die Darstellungen oben, 2. Teil II. 5. sowie 3. Teil II. 1. verwiesen werden.
 - 2) Argumente aus gewandelten Verhältnissen treten auf in der Form der Berufung auf Wandlungen im rechtlichen Bereich (neue Sätze des Richterrechts, Verfassungsrechts, neue Gesetze) sowie in der Form der Berufung auf Wandlungen im außerrechtlichen Bereich (Verkehrsauffassung, Sprachgebrauch, soziale und wirtschaftliche Verhältnisse). (Vgl. Honsell, a.a.O., S. 168).

Es ging dort um die Frage der Anwendbarkeit des § 254 BGB im Falle einer Haftung nach § 1 HaftpflG. Der BGH, der sich, der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts folgend, für die Anwendbarkeit des § 254 BGB ausspricht, setzt sich dabei auch eingehend mit der von Friese, Reichshaftpflichtgesetz, vertretenen gegenteiligen Auffassung auseinander. Der mit Materialienzitenaten belegten Begründung Frieses, aus den Verhandlungen der II. Kommission über Art. 42 EGBGB ergebe sich eindeutig, daß der Gesetzgeber die Anwendung des § 254 BGB auf § 1 HaftpflG nicht gewollt habe, begegnet der 3. Senat mit einem Hinweis auf die weitere Rechtsentwicklung, die "nach der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts eingeleitet worden ist und die durch die spätere Gesetzgebung ihre Bestätigung gefunden hat".

Angesichts dieser weiteren Rechtsentwicklung könnten die Vorstellungen, von denen sich die II. Kommission bei den Beratungen über Art. 42 EGBGB zur Frage der Anwendbarkeit des § 254 BGB auf § 1 HaftpflG habe leiten lassen, keine entscheidende Geltung mehr beanspruchen¹⁾.

Der BGH spricht damit die Auffassung aus, daß Gesetze nur dann richtig verstanden und ausgelegt werden können, wenn sie in den Zusammenhang der lebendigen, ständig in der Entwicklung begriffenen Einheit aller zur Zeit der jeweiligen Anwendung geltenden Rechtsätze gestellt werden. Er bekennt sich damit zur Fortentwicklung des gesetzten Rechts auch gegen die Vorstellungen, von denen der Gesetzgeber sich bei Schaffung der Gesetze hat leiten lassen²⁾.

1) Es handelt sich also um einen Fall der Berufung auf Wandlungen im rechtlichen Bereich.

2) Vgl. LM, Anm. zu Nr. 4, § 1 HaftpflG (Pa).

Mit einem Wandel der sozialen Verhältnisse¹⁾ argumentiert der BGH in der Entscheidung BGHZ 59, 210²⁾. Entgegen der einhelligen Ansicht in Rechtsprechung und Rechtslehre verweigert der 4. Senat der Ehefrau des Erblassers einen Pflichtteilsergänzungsanspruch nach den §§ 2325, 2329 BGB hinsichtlich solcher Schenkungen, die der Erblasser vor der Eheschließung gemacht hat.

Er räumt zwar ein, daß die Entstehungsgeschichte der fraglichen Vorschriften für die auch von der Vorinstanz vertretene gegenteilige Auslegung des Gesetzes spreche.

"Die dem § 2325 BGB entsprechende Vorschrift des ersten Entwurfs (§ 2009 E-BGB) gab den Anspruch nur den Pflichtteilsberechtigten, die zur Zeit der Schenkung schon vorhanden und entweder pflichtteilsberechtigt waren oder im Falle des Wegfalls einer oder mehrerer Personen pflichtteilsberechtigt werden konnten (vgl. dazu Motive V S. 458 f). Die Mehrheit der Kommission lehnte diese Beschränkung ab und machte geltend, ein bestimmter Teil des Nachlasses solle nach dem Willen des Gesetzgebers den nächsten Angehörigen gesichert werden.

Damit nun nicht dieser Teil des Kapitals, auf welchen die Familie mehr oder minder angewiesen sei, verloren gehe, gewähre das Gesetz gegen solche Schenkungen, die das Recht des Pflichtteilsberechtigten tatsächlich vereiteln würden, eine Art Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Dem entspreche es, daß hinsichtlich der Frage, welchen Personen der außerordentliche Pflichtteil zustehen solle, der Zeit-

1) Also einer Wandlung im außerrechtlichen Bereich.

2) Zur Kritik der Entscheidung vgl. insbesondere v. Lübtow, in: Festschrift für Bosch, S. 573 ff, weiterhin Reinicke, NJW 1973, 597.

punkt des Erbfalls bestimmend sein müsse, nicht der der Schenkung (Protokolle V S. 568 f).

Danach ging der Gesetzgeber davon aus, daß das vorhandene Vermögen einer Person der Familie in den durch das Pflichtteilsrecht gezogenen Grenzen, d.h. den nächsten Angehörigen, zur Hälfte erhalten bleiben sollte, und zwar auch soweit das Familienband erst später begründet wurde. Eine Begrenzung schien dem Gesetzgeber nur insoweit geboten, als Schenkungen, die zur Zeit des Erbfalls länger als 10 Jahre zurücklagen, keinen Pflichtteilsergänzungsanspruch begründen sollten. Eine Ausnahme wurde hiervon nur für Schenkungen an die Ehefrau gemacht. Hier rechnet die 10-Jahres-Frist erst von der Auflösung der Ehe."¹⁾

Unter Bezugnahme auf Coing führt der erkennende Senat dann aber weiter aus, daß die in § 2325 BGB getroffene Regelung ihren Grund in den sozialen Verhältnissen des ausgehenden 19. Jahrhunderts habe: das Bürgerliche Gesetzbuch sei für eine Gesellschaft geschaffen worden, die im wesentlichen noch von der Landwirtschaft und hier insbesondere von der bäuerlichen Wirtschaft geprägt gewesen sei. Vererbliches Vermögen habe in erster Linie noch in Grundbesitz, daneben in Unternehmungen mittlerer Größe und Handwerksbetrieben sowie Handelsfirmen bestanden²⁾.

Nur solange die zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs gegebenen sozialen Verhältnisse im wesentlichen weiterbestanden hätten, habe sich

1) S. 212.

V. Lübtow (a.a.O., S. 588) ist zuzustimmen, wenn er ausführt, daß diese Entstehungsgeschichte "mit aller nur wünschenswerten Klarheit" zeige, daß sämtliche zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Pflichtteilsberechtigten einbezogen werden sollten.

2) Vgl. S. 212/213.

auch die Gesetzesauslegung weitgehend an den sich aus den Gesetzesmaterialien ergebenden Gesichtspunkten orientieren können¹⁾.

Unter den heutigen sozialen Verhältnissen sei es nicht gerechtfertigt, dem Ehegatten und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen Pflichtteilsergänzungsansprüche bezüglich solcher Schenkungen zuzuerkennen, die vor Eingehung der Ehe gemacht worden seien²⁾.

Die bisherige, an den Gesetzesmaterialien orientierte Interpretation soll also auf den zur Zeit des Inkrafttretens des BGB gegebenen sozialen Verhältnissen beruhen, die neue auf ihrem Wandel.

Die sozialen Verhältnisse spielen aber in den Argumentationen der Motive und Protokolle keine Rolle, und ebensowenig beruht die Beweisführung des BGH auf dem Wandel der sozialen Verhältnisse³⁾.

Dem BGH ist insbesondere vorzuwerfen, daß er offen läßt, in welcher Weise das Erbrecht im allgemeinen und § 2325 BGB im besonderen von der Struktur der damaligen sozialen Verhältnisse geprägt worden sind, und daß er weiterhin die Antwort auf die Frage schuldig bleibt, in welcher Weise sich die sozialen Verhältnisse inzwischen geändert haben und warum eine solche Veränderung eine Korrektur des § 2325 BGB dringend verlangt⁴⁾.

Nicht gefolgt werden kann dem BGH auch, wenn er ausführt, der Wortlaut der Gesetzesvorschrift sei nicht eindeutig, er lasse auch eine andere Auslegung zu⁵⁾.

1) S. 213.

2) S. 215.

3) "Der Hinweis darauf wirkt leicht formelhaft und dekorativ" (vgl. v. Lübtow, a.a.O., S. 577).

4) V. Lübtow, a.a.O., S. 597/598; vgl. auch Honseil, a.a.O., S. 164, sowie Reinicke, a.a.O., S. 597.

5) S. 214.

Die Ausdrucksweise des Gesetzes ist unmißverständlich. Es ergibt sich nicht der geringste Anhaltspunkt dafür, daß der Gesetzgeber den zweifelsfreien Wortlaut des § 2325 BGB mit einer so entscheidenden Einschränkung verstanden wissen wollte, wie der 4. Senat annimmt¹⁾.

Der Wortlaut des Gesetzes wird vom BGH für mehrdeutig gehalten, weil er zu einer abweichenden Auslegung gelangen will. Die angebliche Auslegung wird hier in Wahrheit zur verdeckten Korrektur der Bestrebungen des Gesetzgebers ausgenutzt²⁾.

Selbst ein Verfasser wie Kühne, der der Ansicht des 4. Senats vom rechtspolitischen Standpunkt aus beitrifft, bezweifelt, ob das Gericht unter methodischen Gesichtspunkten zu der von ihm vorgenommenen Rechtsfortbildung legitimiert war³⁾.

Der BGH stößt in diesem Falle an die Grenzen verfassungsmäßig abgesicherter Richterrechtsbildung⁴⁾.

V. Lübtow führt hierzu aus, daß diese Grenzen sogar weit überschritten worden seien. Der 4. Senat habe unter dem Deckmantel der Auslegung eine unzulässige Rechtsfortbildung contra legem vorgenommen⁵⁾.

Dazu ist zu bemerken, daß diese Auffassung zwar grundsätzlich sehr gut vertretbar ist, es aber dann andererseits nicht einzusehen ist, warum v. Lübtow in einem noch problematischeren Fall von diesem strengen Maßstab abgeht, indem er in seiner Stellungnahme zur Rechtsprechungspraxis des Bundesgerichtshofs, entge-

1) V. Lübtow, a.a.O., S. 582. Auch die Vorinstanz hatte die gesetzliche Regelung für eindeutig gehalten (vgl. v. Lübtow, a.a.O., S. 577).

2) V. Lübtow, a.a.O., S. 577.

3) Anmerkung zu dem Urteil, JR 1973, 290.

4) So auch Kühne, a.a.O., S. 290.

5) A.a.O., S. 582, 583.

gen § 253 BGB einen Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens bei schweren Verletzungen des Persönlichkeitsrechts anzuerkennen¹⁾, das Hinausgehen über eine deutlicher nicht zu formulierende Sperrnorm wie § 253 BGB (ein partielles Analogieverbot)²⁾ billigt³⁾ und damit die Zulässigkeit einer Rechtsfortbildung contra legem bejaht. Contra-legem-Entscheidungen⁴⁾ sind aber wegen der Bindung des Richters an Gesetz und Recht (Art. 20 III GG) grundsätzlich unzulässig⁵⁾.

In dem (als drittes Beispiel dieser Fallgruppe zu nennenden) sog. Fernsehansagerin-Urteil (BGHZ 39, 124) argumentiert der 6. Senat dahingehend, daß neben der gewandelten Rechtsauffassung für die Rechtsentwicklung weiter ins Gewicht falle, daß sich seit 1900 tiefgreifende technische und soziale Entwicklungen vollzogen hätten, die nicht nur ganz neue, für den Gesetzgeber schlechthin unvorhersehbare Möglichkeiten einer Verletzung von Persönlichkeitsgütern, sondern auch - zumal mit dem Einfluß und der Verbreitung der sogenannten Massenmedien - besonders günstige Voraussetzungen für eine nachhaltige Auswirkung von Persönlichkeitsverletzungen geschaffen hätten.

-
- 1) Vgl. etwa BGHZ 26, 349 ("Herrenreiter") sowie die nachfolgend angeführte Entscheidung BGHZ 39, 124 ("Fernsehansagerin").
 - 2) Vgl. hierzu auch Bötticher, MDR 1963, 359 ff.
 - 3) A.a.O., S. 595, 596.
 - 4) Unter einer contra-legem-Entscheidung soll hier im Anschluß an Koch/Rüßmann, a.a.O., S. 255, eine Entscheidung verstanden werden, die sowohl durch das vom Gesetzgeber Gesagte als auch durch das vom Gesetzgeber Gewollte verboten ist.
 - 5) Vgl. z.B. Heinrichs, a.a.O., Einleitung VI 4 c. Näheres hierzu unten S. 204 ff.

Dem dadurch gegebenen Bedürfnis nach einem verstärkten und der Eigenart der Verletzung angemessenen Rechtsschutz der Persönlichkeit werde die Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Wiedergutmachung immaterieller Schäden nicht mehr gerecht. Der BGB-Gesetzgeber hat eine Geldentschädigung wegen Verletzung anderer als der in § 847 BGB genannten Persönlichkeitsgüter mit Bedacht ausgeschlossen, weil er davon eine "Kommerzialisierung der Ehre" befürchtete. Diese Befürchtung ist aber auch heute nicht ganz grundlos, so daß es einer neuen Entscheidung des Gesetzgebers bedürft hätte, um sich über die Wertung des damaligen Gesetzgebers hinwegzusetzen¹⁾. Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt eine Rechtsfortbildung contra legem für unzulässig erklärt (vgl. z.B. BVerfGE 65, 182²⁾). Leider hat das Gericht diesen Standpunkt in seiner Entscheidung, in der es die Rechtsprechung des Bundesgerichtshof als "verfassungskonform" bestätigt hat³⁾, vernachlässigt⁴⁾. Wenn am Ende der Entscheidung (S. 291) ausgeführt wird, dieses Ergebnis sei "Recht" im Sinne des Art. 20 III GG, verkennt das Gericht, daß die Formel "Gesetz und Recht" in Art. 20 III GG nicht die Möglichkeit eröffnet, sich unter Berufung auf das "Recht" über das Gesetz hinwegzusetzen, weil dies zu einer Verschiebung der verfassungsmäßigen Funktion führen und die lex scripta um die rationalisierende und sta-

1) Vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 409.

Durch die §§ 253 und 847 BGB ist nun einmal eine deutliche und nicht zu beseitigende Schranke aufgerichtet worden (Giesen, NJW 71, 802).

2) Vgl. zu dieser Entscheidung auch unten S. 205.

3) BVerfGE 34, 269 ff ("Soraya").

4) Vgl. auch Krey, JZ 1978, 364.

bilisierende Wirkung bringen würde, die ihr nach der Verfassung zukommen soll¹⁾.

- c) In einigen Fällen entscheidet sich der BGH trotz eines in den Materialien eindeutig zum Ausdruck gekommenen gegenteiligen Willens des historischen Gesetzgebers für eine analoge Anwendung der fraglichen Vorschrift.

Ein besonders anschauliches Beispiel hierfür bietet die bereits oben, 2. Teil I 4 b, im Wortlaut wiedergegebene Entscheidung BGHZ 40, 71. Der BGH hält dabei in einem Fall, in dem der Besteller die Gefahr für den Untergang eines Werkes erhöht hat, und in dem ohne diese Erhöhung der Gefahr das Werk nicht untergegangen wäre, eine entsprechende Anwendung des § 645 BGB für geboten, obwohl die Materialien ergeben, daß die Kommission sich bewußt auf die gesetzlich geregelten Fälle beschränken wollte und einen Antrag, der die Gefahrtragung zu Lasten des Bestellers weiter ausdehnen wollte, ausdrücklich als unpraktikabel abgelehnt hat²⁾.

Es hätte hier näher gelegen, andere als die konkreten Fälle des § 645 BGB durch Gegenschluß auszuklammern als sie in entsprechender Anwendung in die Norm einzubeziehen³⁾.

-
- 1) Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, S. 76. Es bleibt noch anzumerken, daß diese die Grenzen des Zulässigen überschreitende Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wie Larenz, a.a.O., resignierend feststellt, zwischenzeitlich bereits die Kraft eines Gewohnheitsrechts erlangt hat.
- 2) Vgl. zu den Einzelheiten der Entstehungsgeschichte Erman, JZ 1965, 660, Fn. 19.
- 3) Erman, JZ 1965, 660. In der Entscheidung BGHZ 60, 14 (19) verweist der 7. Senat auf seine Darlegungen in BGHZ 40, 71 und entscheidet sich dann angesichts vergleichbarer Interessenlagen ebenfalls für eine analoge Anwendung des § 645 BGB.

Dasselbe gilt auch für die Entscheidung BGHZ 7, 208 (215 ff):

"§ 1007 BGB gibt zwar seinem Wortlaut nach nur dem früheren Besitzer einer beweglichen Sache unter den dort näher bezeichneten Voraussetzungen einen Herausgabeanspruch. Diese Bestimmung reiht sich nur äußerlich den Ansprüchen aus dem Eigentum an (vgl. BGB RGR § 1007 Anm. 1 und Palandt § 1007 Anm. 1).

Seiner rechtlichen Natur nach ist der hier enthaltene Anspruch ein Anspruch aus früherem Besitz gegen den schlechter Berechtigten, eine petitorische Besitzklage, die im Gegensatz zu der possessorischen Besitzklage aus § 861 BGB zu einer endgültigen Entscheidung führt. § 1007 BGB gehört sachlich in den 1. Abschnitt des 3. Buches des BGB. Die dort geregelte possessorische Besitzklage aus § 861 BGB bezieht sich sowohl auf bewegliche als auf unbewegliche Sachen. § 865 BGB schreibt ausdrücklich vor, daß die Vorschriften der §§ 858 bis 864 BGB auch zugunsten desjenigen gelten, der nur einen Teil einer Sache, insbesondere abgesonderte Wohnräume oder andere Räume, besitzt.

Die Entstehungsgeschichte des § 1007 BGB zeigt, daß es gerade die praktischen Bedürfnisse waren, die den Gesetzgeber veranlaßten, diese Vorschrift für bewegliche Sachen in das Gesetz aufzunehmen (Mot. 3, 429). § 1007 BGB ist aus dem § 945 des Ersten Entwurfs hervorgegangen, der sich gleichfalls nur auf bewegliche Sachen bezog. Man ging dabei davon aus, daß für Grundstücke ein Bedürfnis für eine entsprechende Bestimmung nicht bestehe. Diese Ansicht, die auch noch in führenden Erläuterungsbüchern geteilt wird (vgl. Planck 5. Aufl. § 1007 Anm. 9 und Staudinger 10. Aufl. § 1007 Anm. 18), gründete sich darauf, daß die Vermutung des § 891 BGB es dem Grundstückseigentümer erleichtert, seine Ansprüche aus seinem Eigen-

tumsrecht geltend zu machen, und daß im übrigen bei Grundstücken die possessorische Klage aus § 861 BGB einen ausreichenden Besitzschutz gewährt. Für die Zeitverhältnisse, wie sie der Vorstellung des Gesetzgebers bei Erlaß des Gesetzes allein bekannt sein konnten, ist dem durchaus beizustimmen. Gegen Ende des Zweiten Weltkrieges und nach der Kapitulation ist aber eine Lage eingetreten, an die der Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht denken konnte.

...

Mit Rücksicht auf dieses jetzt durch die Zeitverhältnisse entstandene Bedürfnis, dessen Fehlen in früherer Zeit für die Beschränkung des § 1007 BGB auf bewegliche Sachen maßgebend war, ist es geboten, den in dieser Vorschrift enthaltenen Gedanken, daß der ältere, bessere Besitz gegen den jüngeren, schlechteren rechtsschutzwürdig sei, auch dann auf Wohn- und Geschäftsräume entsprechend anzuwenden, wenn sie Teile der unbeweglichen Sache sind."

Hierzu ist zu bemerken, daß die Tatsache, daß § 1007 BGB seinem eindeutigen Wortlaut nach nur für bewegliche Sachen gilt, nur als implizites Analogieverbot verstanden werden kann, so daß sich eine Ausdehnung auf Immobilien verbietet¹⁾.

Die Fragwürdigkeit solcher im Widerspruch zum Wortlaut und zu den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers stehender Analogiebildungen zeigt sich auch darin, daß der BGH in vergleichbaren Fällen mehrfach auch die entsprechende Anwendung einer Vorschrift abgelehnt hat.

1) Vgl. auch Gursky, in: Staudinger, BGB, § 1007 Rdnr. 5 (Ausdehnung auf Wohn- und Geschäftsräume als Rechtsfortbildung contra legem).

1. Beispiel: (BGHZ 62, 100 (101/102)):

"Daß künftige Forderungen nicht Vermögen im Sinne des § 419 BGB sind, wird durch die Entstehungsgeschichte des § 419 BGB bestätigt. In den Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch heißt es, eine besondere Bestimmung erheische der Fall, daß jemand durch Vertrag unter Lebenden das ganze gegenwärtige Vermögen eines anderen oder einen Bruchteil desselben übernehme. Infolgedessen bestimme § 319 des Entwurfs, daß bei einer Übernahme des ganzen (gegenwärtigen) Vermögens oder eines Bruchteils desselben der Übernehmer neben dem Übergeber für die in diesem Zeitpunkt vorhandenen Schulden hafte (Mugdan, Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 2 S. 83). Unter Vermögen i.S. des § 419 BGB ist danach nur das gegenwärtige oder vorhandene Vermögen zu verstehen.

...

Eine rechtsähnliche Anwendung des § 419 auf künftige, noch ungewisse und nicht vertraglich begründete Lohn-, Gehalts- oder Provisionsforderungen kann nicht in Betracht kommen. Es ist schon zweifelhaft, ob § 419 BGB als Ausnahmenvorschrift rechtsähnlich angewandt werden kann. Insoweit ist in Rechtsprechung und Schrifttum lediglich erörtert worden, ob der dem § 419 BGB zugrundeliegende Rechtsgedanke eine Haftung desjenigen rechtfertigen könnte, der auf andere Weise als durch Vertrag ein Vermögen übernommen hat. Diese Frage ist, soweit sie nicht offengelassen wurde, meist verneint worden (Löschner in BGB-RGRK 11. Aufl. § 419 Anm. 8 m. Nachw.).

Eine rechtsähnliche Anwendung des § 419 BGB auf den Fall, daß künftige ungewisse Lohn-, Gehalts- und Provisionsforderungen abgetreten wurden, scheidet deswegen aus, weil ihr Zweck, Entstehungsgeschichte sowie der Grundgedanke dieser Bestimmung entgegenstehen."

2. Beispiel:(BGHZ 72, 169 (173)):

"Aus den vorstehenden Ausführungen zum Normzweck des § 621 e Abs. 2 ZPO ergibt sich auch, daß der Ansicht von Bastian nicht gefolgt werden kann, wonach für die Anfechtung von Entscheidungen des Beschwerdegerichts über Zwischenentscheidungen (einschließlich der einstweiligen Anordnungen) des Amtsgerichts weiterhin die unbefristete weitere Beschwerde nach § 27 FGG statthaft sei, über die der Bundesgerichtshof gemäß § 133 Nr. 2 GVG (analog) zu entscheiden habe (Bastian/Roth - Stielow/Schmeiduch, 1. EheRG, ZPO § 621 a Rdnr. 26 und § 621 e Rdnr. 29). Dieser Analogieschluß zu § 133 Nr. 2 GVG verbietet sich schon im Hinblick auf § 545 Abs. 2 ZPO; ihm ist außerdem entgegenzuhalten, daß in § 621 e ZPO - wie den zitierten Gesetzesmaterialien entnommen werden muß - abschließend normiert worden ist, inwieweit ein Bedürfnis für den Zugang zum Bundesgerichtshof in selbständigen FGG-Familiensachen anzuerkennen ist."

Grundsätzlich bleibt festzustellen, daß der Richter mit Hilfe einer Analogie nicht Funktionen, die dem Gesetzgeber vorbehalten sind, übernehmen darf. Der Richter darf sich der Analogie nur bedienen, wenn er nach Sinn und Zweck des Gesetzes, innerhalb dessen er die Analogie prüft, unzweifelhaft zur Analogiebildung ermächtigt ist. Er muß untersuchen, ob sich der mit Hilfe einer Analogiebildung gefundene Rechtssatz in den Grenzen dessen hält, was bei vorsichtiger Auslegung der vorliegenden Gesetznormen eindeutig als vom Gesetzgeber gewollt festgestellt werden kann.

Analogien sind nur zulässig, wenn sie gesetzesmäßig (praeter legem), nicht aber dem Willen des Gesetzgebers zuwider (contra legem) sind¹⁾.

1) Vgl. Hattenhauer, Die Kritik des Zivilurteils, S. 116.

- d) In mehreren Entscheidungen räumt der BGH einer dem Gesetz zugrundeliegenden allgemeinen Wertung bzw. einem objektiven Gesetzesinhalt den Vorrang gegenüber dem aus den Materialien ersichtlichen konkreten Willen des Gesetzgebers ein.

So heißt es z.B. in einem Urteil des 5. Senats vom 17. Dezember 1954 (BGHZ 16, 31 (37)):

"Die Vorschrift des § 57 a ZVG (ursprünglich § 57 Satz 2 ZVG) ist aus dem Bestreben geschaffen, einen Ausgleich zwischen den Interessen des Erstherrn einerseits und des Mieters andererseits zu finden (Denkschrift zum Entwurf des Zwangsversteigerungsgesetzes, Mugdan, S. 48).

Wenn die Vorauszahlung des Mieters auch gegenüber dem Erstherrn wirkt, so deutet dies auf eine Interessenabwägung des Gesetzes zugunsten des Mieters hin. Im Einklang hiermit steht, daß auch durch die inzwischen durch Gesetz vom 20. August 1953 verfügte Einschränkung des Kündigungsrechts des Erstherrn (§ 57 c ZVG) nicht nur der Raumbesitz des Mieters geschützt werden soll, sondern daß er auch vor Verlust des Finanzierungsbeitrages möglichst bewahrt werden soll (Bundestagsdrucksache Nr. 4452 S. 6 II). Die Begründung des Änderungsgesetzes vom 20. August 1953 geht allerdings anscheinend von der Vorstellung aus, daß der Erstherr bei Kündigung gemäß § 57 a ZVG zur Erstattung des noch nicht abgewohnten Baukostenzuschusses nicht verpflichtet sei (S. 6 II a.E. des 1. und 3. Abs.). Diese Auffassung bindet die Gerichte aber nicht, vielmehr ist für die Auslegung des Zwangsversteigerungsgesetzes das erkennbare Streben, den Mieter auch finanziell zu schützen, verwertbar."

In dieser Entscheidung wird also, entgegen der vom BGH ansonsten geübten Praxis, besonders bei jüngeren Gesetzen die Gesetzesmaterialien heranzuziehen¹⁾, sogar die amtliche Begründung eines erst 1 1/4 Jahre alten Gesetzes für unbeachtlich erklärt.

In dem Beschluß BGHZ 67, 339 führt der BGH aus, daß die Vorinstanz bei ihrer Auslegung den Gesetzesmaterialien gegenüber dem objektivierten Willen des Gesetzgebers eine zu große Bedeutung beimesse. Die Auffassung des Bundesjustizministers und die der genannten Abgeordneten dürften als Vorarbeiten zum Gesetz bei der Auslegung bloß unterstützend verwertet werden und nicht dazu führen, die Vorstellung der gesetzgebenden Instanzen dem objektiven Gesetzesinhalt gleichzusetzen.

Auf einen objektivierten Willen des Gesetzes, mit dem die von der Rechtsbeschwerde angeführten Gesichtspunkte nicht in Einklang zu bringen seien, beruft sich der BGH in der Entscheidung BGHZ 84, 118, nachdem die Rechtsbeschwerde zur Begründung ihrer Auffassung auf die Entstehungsgeschichte verwiesen hatte.

Hartmann/Walter (Auslegung und Anwendung von Steuergesetzen, S. 271/272) sprechen bezüglich einer solchen Vorgehensweise von einer "bekannten Technik der Rechtsprechung", den ermittelten historischen Normzweck durch einen "objektiven" Telos zu überspielen²⁾.

1) Vgl. dazu oben, 1. Teil V.

2) Zur argumentativen Verwendung der Formel vom objektivierten Willen des Gesetzgebers bzw. des Gesetzes in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen vgl. auch schon oben, 3. Teil I.

- e) Verschiedentlich begründet der BGH eine Abweichung von den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers auch mit einem besonderen Rechtssicherheitsbedürfnis.

So heißt es in der Entscheidung BGHZ 42, 263 (291/292): "Hierbei ist für die Vorstellung des Gesetzgebers bezeichnend, daß in der Begründung des Gesetzes darauf hingewiesen worden ist, durch die Charakterisierung der zu schützenden Neuerungen als solchen an Gerätschaften für Arbeitszwecke und an Gegenständen des Gebrauchs solle auch ausgedrückt werden, 'daß für Maschinen und Betriebsvorrichtungen kein Musterschutz in Betracht komme' (Verhandlungen des Reichstags, 8. Legislaturperiode, I. Session, 1890/91, Zweiter Anlageband, Aktenstück Nr. 153, Begründung zu § 1, S. 981).

Die Praxis ist über diese für die Rechtsanwendung nicht bindende Äußerung in der Gesetzesbegründung hinweggegangen. Soweit das Gebrauchsmusterrecht hiernach im Laufe der Entwicklung eine erhebliche Ausdehnung gegenüber der Vorstellung des Gesetzgebers bei seiner Schaffung erfahren hat, und man im Laufe der Anwendung des Gesetzes von einfacheren Gegenständen zu immer komplizierteren übergegangen ist, war dies, worauf auch das Bundespatentgericht hinweist, aus Gründen der Rechtssicherheit gerechtfertigt und geboten. Nach dem Grad der Kompliziertheit ließe sich für die unter § 1 GebrMG fallenden Gegenstände keine zuverlässige Abgrenzung finden. Auf diesen Gesichtspunkt ist bereits oben unter IV. 2. c, cc bei der Prüfung der Schutzfähigkeit elektrischer Schaltungen hingewiesen worden. Soweit sich für eine unterschiedliche Behandlung keine zuverlässigen Kriterien der Abgrenzung finden lassen, erfordert die Rechtssicherheit die Gleichbehandlung.

Daher können auch im Rahmen des § 1 GebrMG keine Unterschiede zwischen einfachen elektrischen 'Geräten' und komplizierten elektrischen 'Maschinen' gemacht werden."

Auch in dem bereits oben, 2. Teil I 4 a, angeführten Urteil BGHZ 52, 243 (246 ff) findet sich eine vergleichbare Argumentation:

"Die überwiegende Meinung unterscheidet zwischen einem mietähnlichen und einem eigentumsähnlichen (eigentumsvertretenen) Dauerwohnrecht und hält bei ersterem die Mietpreisbindung für gegeben, beim letzteren nicht (...). Diese Auffassung kann für sich aus den Gesetzesmaterialien den Schriftlichen Bericht des zuständigen (32.) Bundestagsausschusses ins Feld führen, der als 'ähnliches Nutzungsverhältnis' im Sinne des vom Ausschuß entworfenen § 33 des 1. BMG neben dem genossenschaftlichen Nutzungsverhältnis ausdrücklich das mietähnliche Dauerwohnrecht anführt (zu BT-Drucks. II/1421 S. 16).

...

Dem steht eine andere Auffassung gegenüber, die für jede Art von Dauerwohnrecht die Mietähnlichkeit und damit die Geltung des öffentlichen Mietpreisrechts verneint (...).

...

Diese auf wirtschaftlichem Gebiet liegende Unterscheidung zwischen mietähnlichem und eigentumsähnlichem Dauerwohnrecht gibt jedoch keine tragfähige Grundlage für eine rechtliche Aufspaltung der Dauerwohnrechte dahin, daß die mietähnlichen Dauerwohnrechte der Mietpreisbindung und im besonderen der einseitigen Entgelterhöhung nach §§ 18 ff des 1. BMG unterlägen, die eigentumsähnlichen dagegen nicht. Weder das Wohnungseigentumsgesetz noch die Bundesmietengesetze machen eine solche Unterscheidung.

Der Begriff des 'mietähnlichen' Dauerwohnrechts ist der Gesetzessprache überhaupt fremd. Hinreichende rechtliche Unterscheidungsmerkmale zwischen beiden wirtschaftlichen Arten des Dauerwohnrechts sind weder von einem Gesetz gegeben noch sonst gefunden worden; eine Aufteilung der Dauerwohnrechte hier nach in preisgebundene und preisfreie würde daher eine erhebliche Rechtsunsicherheit bedeuten (Fischer-Dieskau/Pergande/Wormit, a.a.O.). Der im Schriftlichen Bericht des Bundestagsausschusses vertretenen Auffassung kann trotz ihres Gewichts angesichts jenes Rechtssicherheitsbedürfnisses keine ausschlaggebende Bedeutung beigemessen werden."¹⁾

- f) Abschließend soll nun noch eine Entscheidung angeführt werden, die sich nicht in eine der vorstehend gebildeten Fallgruppen einreihen läßt.

Es handelt sich dabei um einen Beschluß des Großen Senats für Zivilsachen vom 21. Mai 1974 (BGHZ 62, 340).

Es heißt dort auf den Seiten 350/351: "Zur Auslegung sind ferner grundsätzlich die Gesetzesmaterialien und die Entstehungsgeschichte des Gesetzes heranzuziehen (BGHZ 46, 74, 76, 79 f mit weiteren Nachweisen).

Soweit es sich um die Gesetzesmaterialien handelt, die der deutschen Öffentlichkeit bei Inkrafttreten

1) Ähnlich auch die Argumentation in BGHZ 25, 300 (306): "Mag auch die Vorschrift des § 644 'zur Sicherung der Ladungsbeteiligten' (amtl. Begr. ...) erlassen sein, so kann sie doch nicht dahin ausgelegt werden, daß sie nur die Haftung des Reeders aus dem Konnossement begründen wollte. Eine solche Auslegung würde nicht nur dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift, sondern auch dem Erfordernis der Rechtssicherheit und -klarheit, die für das Konnossement besonders bedeutsam sind, widersprechen."

des Gesetzes zugänglich waren, ergibt sich kein anderes Bild.

Was damals über die Entstehungsgeschichte bekannt war, hat auch den Bundesgerichtshof nicht veranlaßt anzunehmen, der alliierte Gesetzgeber habe durch die in Art. 1 Abs. 1 (a) AHKG 63 getroffene Regelung das Territorialitätsprinzip durchbrechen und die Konfiskation der Mitgliedschaftsrechte einer in deutscher Hand befindlichen ausländischen Gesellschaft ganz allgemein auf deren in Deutschland belegenes Vermögen erstrecken wollen (BGHZ ...).

In dem vom vorlegenden II. Zivilsenat im Jahre 1965 beim Bundesverfassungsgericht eingeleiteten Normenkontrollverfahren (vgl. BVerfGE 29, 348) und teilweise auch schon in dem beim II. Zivilsenat anhängig gewesenen Verfahren II ARZ 2/61 (vgl. WM 1963, 81) sind jedoch Materialien zum AHKG 63 bekannt geworden, die bis dahin geheim gehalten waren.

Der Frage, ob und inwieweit solche geheim gebliebenen Unterlagen zur Auslegung eines Gesetzes herangezogen werden können, braucht hier nicht näher nachgegangen zu werden. Deshalb kann auch offenbleiben, was sich aus den einzelnen im vorliegenden Fall jetzt zugänglich gewordenen Schriftstücken ergibt. Denn diesen Unterlagen kann angesichts der Tatsache, daß sie erst mehr als zehn Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes bekannt geworden sind, und im Hinblick auf die - bereits erwähnten - unmittelbar nach Erlaß des Gesetzes an die deutsche Öffentlichkeit gerichteten amtlichen Verlautbarungen, wonach das AHKG 63 keine neuen Enteignungen enthalte, sondern nur schon früher ausgesprochene oder vollzogene Konfiskationen sanktioniere, keine Bedeutung für die Auslegung des Gesetzes zugemessen werden."

Hierzu ist festzustellen, daß von einer zureichenden Begründung nicht die Rede sein kann, wenn ein Großer Senat des Bundesgerichtshofs, um sich über einen offenbar entgegenstehenden Gesichtspunkt hinwegsetzen zu können, vorhandenen Materialien ohne jegliche Erörterung grundsätzlich jegliche Bedeutung abspricht, nur weil diese Unterlagen im Gegensatz zu anderen sofort zugänglichen und die Auffassung des Senats stützenden Materialien erst Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes bekannt geworden sind.

Zusammenfassend läßt sich festhalten, daß etliche der Entscheidungen, in denen der Bundesgerichtshof ausdrücklich gegen den in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers entscheidet, unter methodischen Gesichtspunkten als äußerst bedenklich zu beurteilen sind.

Zur Frage, in welchen Fällen auch eine Entscheidung gegen einen eindeutigen Willen des Gesetzgebers zulässig ist bzw. sogar geboten sein kann, vgl. unten S. 203.

SECHSTER TEIL

DIE FORMALE STRUKTUR SUBJEKTIV-TELEOLOGISCHER ARGUMENTE

I. Die Darstellung der Struktur (subjektiv-) teleologischer Argumente in der juristischen Argumentationstheorie

Beschreibungen der formalen Struktur subjektiv-teleologischer Argumente¹⁾ sind in der juristischen Literatur nicht allzu häufig anzutreffen.

In den einschlägigen Veröffentlichungen²⁾ wird die (subjektiv-) teleologische Auslegung zumeist mit folgendem Grundschema logisch rekonstruiert:

(1) OZ

(2) $\neg M \rightarrow \neg Z$

(3) OM

(Z = Ziel, Zweck; M = Mittel, Interpretation;
O = Geboten)

In diesem Argumentationsschema wird also aus dem Gebotensein eines bestimmten Zustandes und der Annahme, daß bestimmte Mittel notwendige Bedingungen dieses Zustandes sind, auf das Gebotensein der notwendigen Bedingungen dieses Zustandes geschlossen.

1) Zum Begriff vgl. Einleitung.

2) Vgl. z.B. Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, S. 291/292; Koch/Rußmann, a.a.O., S. 217; Peczenik, Grundlagen der juristischen Argumentation, S. 117, Fn. 240.

Dieser Schluß ist so allerdings nicht logisch zwingend¹⁾.

Um logisch korrekt auf OM schließen zu können, wird deshalb als weitere normative Prämisse die Regel hinzugenommen, daß aus dem Gebotensein eines Zieles auf das Gebotensein der notwendigen Bedingungen der Zielverwirklichung zu schließen sei²⁾.

Das um diese Prämisse erweiterte Schema³⁾ ist zwar logisch gültig⁴⁾, inhaltlich jedoch problematisch.

Die zusätzliche normative Prämisse läßt sich nämlich etwas frei auch als "Der Zweck heiligt die Mittel" übersetzen und dieser Satz ist mit unserer Rechtsordnung nicht vereinbar⁵⁾.

1) Koch/Rüßmann, a.a.O., S. 216.

Nach Alexy (Die logische Analyse juristischer Entscheidungen, in: Loccumer Protokolle, Sprache und Recht, S. 107) wird, indem derartige Schemata akzeptiert werden, der Bereich der klassischen Logik verlassen, nicht jedoch wird verlassen der Bereich der Logik. Weinberger (Rechtslogik, S. 219/220) hält ein entsprechendes Schema für "ziemlich überzeugend, wenn auch nicht über jeden Zweifel erhaben".

2) Sog. Rationalitätsregel, vgl. z.B. Alexy, a.a.O., S. 291; Koch/Rüßmann, a.a.O., S. 216; Koch/Trapp, in: Harenburg u.a., Rechtlicher Wandel durch richterliche Entscheidung, S. 112.

3) In formaler Schreibweise:

(1)	OZ
(2)	$\neg M \rightarrow \neg Z$
(3)	$OZ \wedge (\neg M \rightarrow \neg Z) \rightarrow OM$
(4)	OM

4) Nicht überzeugend Adomeit (Jura 1983, 221, 559), der u.a. ausführt, daß eine Folgerung, die einer zusätzlichen Prämisse bedarf, kein logischer Schluß sei (a.a.O., S. 559). Zu Adomeit vgl. auch Kelker, Jura 1983, 559.

5) Vgl. hierzu Koch/Rüßmann, a.a.O., S. 217 sowie weiterhin Koch, Das Frankfurter Projekt zur juristischen Argumentation, in: Hassemer u.a., Argumentation und Recht, S. 66, Fn. 15; Koch, EuGRZ 1986, 358; Weinberger, in: Mokre/Weinberger, Rechtsphilosophie und Gesetzgebung, S. 191/192.

Es ist insbesondere die Bindung der Gesetzesauslegung an die Verfassung zu beachten. Eine im Lichte des gesetzgeberischen Zwecks gebotene Interpretation darf jedenfalls dann nicht gewählt werden, wenn das entsprechend interpretierte Gesetz gegen die Verfassung verstieße¹⁾.

Eine Interpretation ist danach also dann geboten, wenn sie sowohl notwendige Bedingung für Z ist als auch in Übereinstimmung mit anderen Begründungsanforderungen ableitbar ist²⁾.

Nach Koch³⁾ setzt eine subjektiv-teleologische Begründung darüberhinaus auch noch empirische Hypothesen betreffend den Zweck-Mittel-Zusammenhang zwischen dem gesetzgeberischen Zweck und der Norminterpretation zwingend⁴⁾ voraus.

Zu dieser Auffassung wird unten nach der Darstellung der subjektiv-teleologischen Argumentationspraxis des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen noch Stellung zu nehmen sein.

1) Koch/Rüßmann, a.a.O., S. 217.

2) Koch, Das Frankfurter Projekt zur juristischen Argumentation, a.a.O., S. 66, Fn. 15.

3) EuGRZ 1986, 357, 358; Koch/Rüßmann, a.a.O., S. 214 ff.

4) Dies kommt besonders deutlich zum Ausdruck in: Koch/Rüßmann, a.a.O., S. 219/220, wo ausgeführt wird, daß kein teleologisches Argument vorliegt, wenn zwischen Mittel und Zweck kein empirischer Zusammenhang besteht.

II. Vorstellung einer noch differenzierteren Rekonstruktion (subjektiv-) teleologischer Argumente

In seiner neueren Abhandlung "Die Begründung von Grundrechtsinterpretationen" weist Koch selbst darauf hin, daß das in der "Juristischen Begründungslehre" vorgeschlagene Modell für eine Reihe von Fällen doch unzureichend vereinfachend sein dürfte¹⁾.

Eine über die bisherigen Versuche in der juristischen Argumentationstheorie hinausgehende angemessenere Rekonstruktion der (subjektiv-) teleologischen Argumentation schlägt deshalb neuerdings Rüßmann²⁾ vor.

Er stellt insbesondere darauf ab, daß ein vorgeschlagenes Mittel nicht nur in seiner negativen Beziehung zur Zielverwirklichung gesehen werden darf, sondern auch in einer positiven Beziehung als Beitrag zur Zielverwirklichung gesehen werden muß.

Die Analyse dürfe sich mithin nicht nur auf notwendige Bedingungen beschränken, sondern müsse auch hinreichende Bedingungen einbeziehen.

Weiterhin gibt er zu bedenken, daß häufig mehrere Wege (Interpretationen) zum Ziel führen, was die Rede von notwendigen Bedingungen problematisch macht.

Es müsse deshalb damit gerechnet werden, daß eine Gesetzesinterpretation lediglich eine sogenannte INUS-Bedingung des erstrebten Zielzustandes ist³⁾.

Eine INUS-Bedingung ist eine für sich allein nicht hinreichende aber notwendige Bedingung in einem kom-

1) EuGRZ 1986, S. 357, Fn. 126.

2) Theorie und Erfahrung in juristischen Begründungen, wird veröffentlicht in: "Theorie und Empirie", Hrsg.: Zentrum Philosophische Grundlagen der Wissenschaften an der Universität Bremen.

3) Vgl. auch Koch, EuGRZ 1986, S. 357, Fn. 126.

plexen Bedingungsgefüge, das seinerseits hinreichend ist aber nicht notwendig sein muß¹⁾.

Als Ergebnis seiner Überlegungen formuliert Rüßmann folgendes - deduktiv gültiges - Strukturschema einer teleologischen Interpretation²⁾:

- (1) OZ
- (2) $(M_1 \vee M_2 \vee M_3 \dots M_n) \leftrightarrow Z$
- (3) S ist eine INUS-Bedingung von M_1
- (4) $M_1 \leftrightarrow (A \ \& \ B \ \& \ S)$
- (5) A & B
- (6) M_1 hat Vorrang vor allen anderen M_i
- (7) $\neg O \neg S$
- (8) (1) ... (7) $\rightarrow$ OS

OS

Zumindest wenn man sich ausschließlich an der Bedingungsprache orientiert, dürfte dieses Modell kaum noch verbesserbar sein.

1) Näheres zum Begriff der INUS-Bedingung bei W. Stegmüller, Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie, Bd. I, S. 583, der Kausalanalysen von John L. Mackie darstellt und rekonstruiert.

2) Hier steht (2) für sämtliche Realisierungsmöglichkeiten von Z und (7) dafür, daß S (= Strategie) nicht anderwärts verboten ist.

III. Die Struktur subjektiv-teleologischer Argumente in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen

Wenn in einer Entscheidungsbegründung auf die Gesetzesmaterialien rekurriert wird, so ist damit noch nicht gesagt, daß es sich dabei auch um eine subjektiv-teleologische Argumentation handelt¹⁾.

Der Bezug auf die Materialien kann nämlich zumindest dreierlei bedeuten:

- (1) Die Materialien enthalten selbst eine unmittelbare Antwort auf die in der Entscheidung gestellte Frage. Dann deckt sich sozusagen die Entscheidungsfrage mit dem "Zweck" des Gesetzgebers.
- (2) Die Materialien enthalten Angaben zu Zwecken, die sich nicht mit der Entscheidungsfrage decken, aber mit der Entscheidungsfrage in einem Zusammenhang stehen. Für die Art des Zusammenhangs sind dann einmal die allgemeinen Rekonstruktionsbemühungen der Begründungstheoretiker von Interesse (notwendige Bedingungen, hinreichende Bedingungen, INUS-Bedingungen) und zum anderen die Frage, wodurch der Zusammenhang gestiftet wird (durch empirische Gesetzmäßigkeiten, Sprachregeln oder Rechtsregeln).

Diese letzte Differenzierung verlangt nach einer Unterteilung der Gruppe (2) in wenigstens zwei Untergruppen: eine für empirische und eine für nichtempirische Zusammenhänge.

1) Auf die begriffliche Problematik wird am Ende dieses Kapitels noch einmal zurückzukommen sein.

Diese strukturellen Differenzierungen bezüglich des Umgangs mit den Gesetzesmaterialien und den dort benannten Zwecken sollen nun nachfolgend an ausgewählten Rechtsprechungsbeispielen demonstriert werden¹⁾.

1. In den Fällen der ersten Gruppierung, in denen die Materialien also selbst eine Antwort auf die in der Entscheidung gestellte Frage enthalten, stellen sich Strukturfragen und Rekonstruktionsprobleme gar nicht.

1. Beispiel: BGHZ 2, 172 (172 ff)

"Nach den mit der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Oberlandesgerichts hat der Erblasser bei der Errichtung des Testaments am 17. Januar 1945 kein Wort gesprochen, sondern allenfalls bei der Erörterung der einzelnen Bestimmungen und möglicherweise auch, nachdem der Notar die Niederschrift verlesen hatte, mit dem Kopfe genickt sowie während der Verhandlung einige Male unverständlich gelallt. Bei dieser Sachlage sind die Voraussetzungen des § 11 Abs. 1 TestG, wie Landgericht und Oberlandesgericht zutreffend ausgeführt haben, nicht erfüllt, da der Erblasser seinen letzten Willen nicht mündlich, d.h. nicht in der Lautsprache erklärt hat.

...

Der an den Vorarbeiten zum TestG wesentlich beteiligte Erbrechtsausschuß (ERA) der Akademie für deutsches Recht wollte die Formvorschriften für die Testamentserrichtung dem FGG anpassen, das an die Art der Erklärung der Beteiligten keine besonderen Anforderungen stellt; er wollte sich - wie das Schweizer Recht

1) Diesbezüglich wird eine Anregung meines Doktorvaters Prof. Dr. Rüßmann aufgegriffen.

(Schw ZGB Art 500) - mit der 'Mitteilung' des letzten Willens begnügen. Der ERA erklärte ausdrücklich, es sei eine untergeordnete Frage, in welcher Form sich beim offen errichteten Testament die Verständigung zwischen dem Beurkundenden und dem Erblasser vollziehe; er lege kein entscheidendes Gewicht darauf, daß die Verständigung gerade mündlich erfolge (vgl. ...). Der Gesetzgeber hat es jedoch aus Sorge um eine eindeutige Übermittlung des letzten Willens an den Beurkundenden abgelehnt, diesen Vorschlägen zu folgen (Lange in ZAKDR 1938, 579 Ziff. II 4). Aus diesen Erwägungen des Gesetzgebers ergibt sich jedenfalls, daß nur die engere an dem Wortlaut festhaltende Auslegung dem Gesetz gerecht wird."

2. Beispiel: BGHZ 19, 266 (267 ff)

"Die Ansicht des Berufungsgerichts, eine Frau verliere nach § 17 Nr. 6 RuStAG ihre deutsche Staatsangehörigkeit in jedem Fall, wenn sie keinen entgegenstehenden Willen nach außen erkennbar werden lasse, ist irrig.

Art. 16 GrundG ist nicht dahin auszulegen, daß die Frau, um den Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit zu vermeiden, einen entgegenstehenden Willen bei der Eheschließung zu erkennen geben muß. Eine dem Art. 16 GrundG entsprechende Bestimmung war im Herrenchieser Entwurf nicht vorgesehen. Der Gedanke, sie in das Grundgesetz aufzunehmen, wurde erstmals in der 25. Sitzung des Grundsatzausschusses am 24. November 1948 geäußert (vgl. Matz im Jahrb. des öffentlichen Rechts der Gegenwart Band I Seite 159 f). In der 26. Sitzung des Grundsatzausschusses am 30. November 1948 wurde dann vorgeschlagen, in das Grundgesetz folgende Bestimmung aufzunehmen:

'Niemand darf willkürlich seiner Bundesangehörigkeit beraubt werden. Durch Gesetz darf der Verlust der

Staatsangehörigkeit nur für die Fälle vorgesehen werden, in denen der Betroffene bereits eine andere Staatsangehörigkeit erworben hat' (Matz, a.a.O.).

Danach konnte ein Gesetz den Verlust der Staatsangehörigkeit durch Eheschließung, wenn die Frau damit nicht zugleich eine andere Staatsangehörigkeit erwarb, überhaupt nicht vorsehen. Der Redaktionsausschuß hat gegen diese allgemeine Fassung Bedenken erhoben und auch darauf hingewiesen, daß es dem Gesetzgeber möglich sein müsse, einem Staatsbürger das Recht einzuräumen, auf seine Staatsangehörigkeit zu verzichten. Es wurde daher neben einer anderen folgende Fassung vorgeschlagen:

'Der Verlust der Staatsangehörigkeit darf nur auf Grund eines Gesetzes und gegen den Willen des Betroffenen nur dann eintreten, wenn der Betroffene dadurch nicht staatenlos wird' (Matz, a.a.O., S. 163).

Bei der Beratung in der 3. Lesung im Hauptausschuß wurde ausgeführt, der Sinn des 2. Satzes der vorgeschlagenen Bestimmung sei, zu verhüten, daß jemand staatenlos werde. Man könne jedoch niemand das Recht nehmen, eine Staatsangehörigkeit aufzugeben und gleichzeitig staatenlos zu werden, wenn er es wolle.

Daher sei es angebracht, die oben wiedergegebene Fassung des allgemeinen Redaktionsausschusses zu wählen. Daraufhin wurde ohne weitere Erörterung beschlossen, die Bestimmung in dieser Fassung in das Grundgesetz aufzunehmen (Matz, a.a.O., S. 164).

Es kann, wie die Entstehungsgeschichte der Vorschrift ergibt, nicht zweifelhaft sein, daß nach dem Willen des Gesetzgebers eine Deutsche durch Eheschließung nur dann staatenlos werden soll, wenn dies ihrem Willen entspricht."

2. Bei einer Analyse der Fälle, in denen sich gesetzgeberischer Zweck und Entscheidungsfrage nicht decken, galt das besondere Augenmerk in erster Linie der Frage, wodurch in den einschlägigen Entscheidungen der Zusammenhang zwischen Mittel¹⁾ und Zweck gestiftet wird²⁾.
- a) Die diesbezügliche Untersuchung ergab, daß in den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen nur in einer geringen Anzahl von Fällen empirische Zusammenhänge zwischen Entscheidungsfrage und gesetzgeberischem Zwecke eine Rolle spielen.

1. Beispiel: BGHZ 24, 297 (298 ff)

"Aus Bürgschaft kann die Beklagte nur in Anspruch genommen werden, wenn sie die Bürgschaftserklärung schriftlich erteilt hat (§ 766 BGB).

...

Die Revision meint gleichwohl, bei der Bedeutung der Telegramme im heutigen Wirtschaftsleben müßten telegrafisch übermittelte Erklärungen schriftlichen Erklärungen gleichgestellt werden. Sie beruft sich darauf, daß die Rechtsprechung für im Prozeß einzureichende Schriftsätze, z.B. Rechtsmittelschriften, das Erfordernis der handschriftlichen Unterzeichnung aufgegeben und die Einlegung eines Rechtsmittels durch Telegramm, auch durch ein nur fernmündlich aufgegebenes, zugelassen habe.

Für rechtsgeschäftliche Erklärungen müsse dasselbe gelten wie für prozessuale.

...

1) = Ausgestaltung einer Interpretation.

2) Die Frage, mit welchem Strukturschema die Argumentationen rekonstruiert werden können, wird unten noch näher erörtert werden.

Vor allem aber ist die angeführte Rechtsprechung offensichtlich durch das Bestreben zu erklären, den Rechtsuchenden die Wahrung ihrer Rechte zu erleichtern und ihnen bei drohendem Ablauf der Rechtsmittelfrist zu ermöglichen, durch die schnellere Übermittlung auf telegrafischem Wege die Frist zu wahren. Dieser Gesichtspunkt kann jedenfalls für solche sachlich-rechtliche Willenserklärungen nicht gelten, für die das Gesetz die Schriftform bestimmt, um vor übereilten, nicht ausreichend überlegten Erklärungen zu schützen. Aus diesem Grunde hat aber das Gesetz gerade für die Bürgschaftserklärung die Schriftform gewählt. Nach dem Bericht der XII. Kommission des Reichstages vom 12. Juni 1896 (Mugdan, a.a.O.) war für den Vorschlag, die Vorschrift des § 750 a über die Formbedürftigkeit der Bürgschaft in das Gesetz einzufügen, der Gedanke maßgebend, den sich Verpflichtenden zu größerer Vorsicht anzuhalten.

Dieser Schutzzweck der Schriftform hat sich seither in seiner Bedeutung nicht verringert. Er würde außer acht gelassen, wenn man die Bürgschaft durch Telegramm zuließe. Bei den prozessualen Erklärungen, für die man die Verwendung des Telegramms für ausreichend gehalten hat, spielt dieser Schutzgedanke keine oder nur eine geringe Rolle. Der Hinweis der Revision auf die Bedeutung des Telegramms im heutigen Wirtschaftsleben rechtfertigt keine andere Beurteilung. Soweit unter Kaufleuten eine Bürgschaft eilig übernommen werden muß, kann das durch Telegramm geschehen, weil die Bürgschaftserklärung des Kaufmanns nach § 350 HGB keiner Form bedarf. Die Zulassung telegrafischer Bürgschaften von Nichtkaufleuten verbietet sich nach wie vor durch den Schutzzweck des § 766 BGB."

In diesem Falle geht der 7. Senat ganz offensichtlich von der empirischen Annahme aus, daß bei möglicher te-

telegrafischer Abgabe einer Bürgschaftserklärung die Hemmschwelle für den Bürgen niedriger ist als bei Erforderlichkeit der Schriftform. Folgerichtig kommt der BGH dann zu dem Ergebnis, daß sich die Zulassung telegrafischer Bürgschaften durch den Schutzzweck des § 766 BGB verbietet.

2. Beispiel: BGHZ 41, 13 (15 ff)

"Es stellt sich die Frage, ob der Senat durch die Einschränkung des Patentinhalts in Verbindung mit der vom Nichtigkeitskläger ausgesprochenen Zurücknahme seines weitergehenden Klagbegehrens der Aufgabe enthoben worden ist, den verbleibenden Restanspruch auf seine Patentwürdigkeit, also insbesondere auf Neuheit, Fortschrittlichkeit und Erfindungshöhe, nachzuprüfen.

...

Gleichwohl muß vorliegend auf die vom 4. Beschwerde-senat uneingeschränkt vertretene Rechtsansicht eingegangen werden, im Beschränkungsverfahren des § 36 a PatG müsse die Patentfähigkeit der verbleibenden Rest-erfindung kraft Verweisung in § 36 a Abs. 3 auf § 28 PatG, der seinerseits wieder auf die §§ 1, 2 und 4 Abs. 2 PatG verweise, nachgeprüft werden.

...

Es würde eine Abweichung von diesem System des Gesetzes darstellen, wenn nunmehr ein auf bloße Beschränkung des Patents abzielender Antrag des Patentinhabers aus § 36 a PatG Veranlassung zu einer (abermä-ligen) Prüfung der Patentvoraussetzungen geben sollte. Insoweit unterscheidet sich der Beschränkungsantrag des § 36 a PatG nicht von einem Teilverzicht nach § 12 Abs. 1 PatG, für den es unstreitig ist, daß er vom Patentamt ohne materielle Prüfung des Restschutz-rechts entgegen genommen werden muß.

Es kommt hinzu, daß der Gesetzgeber bei der Einführung des § 36 a PatG bezweckt hat, dem Patentinhaber mehr

Spielraum hinsichtlich des Umfangs der Beschränkungs-
möglichkeit zu gewähren, als ihm bisher in Gestalt
des Teilverzichts, der nur das Fallenlassen einzel-
ner Ansprüche gestattete, gegeben war (vgl. Amtl.
Begründung zum 5. Überleitungsgesetz, abgedruckt in
GRUR 1953, 349). Das ausgesprochene Ziel der Neue-
rung, einen Anreiz zu freiwilligen Selbstbeschränkun-
gen zu schaffen und dadurch der Anstrengung zahlrei-
cher Nichtigkeitsklagen vorzubeugen, würde aber ge-
radezu vereitelt, wenn sich jeder Antragsteller der
Gefahr ausgesetzt sähe, durch seinen Beschränkungs-
antrag Amtshinweise auf die mangelnde Schutzwürdig-
keit seines Patents heraufzubeschwören."

Der BGH geht in dieser Entscheidung also von der em-
pirischen Hypothese¹⁾ aus, daß, wenn ein auf bloße Be-
schränkung zielender Antrag Veranlassung zu einer aber-
maligen Prüfung der Patentvoraussetzungen gäbe, dies
zur Folge hätte, daß weniger Beschränkungsanträge ge-
stellt werden würden.

Demgemäß kommt dann für den Senat, da der gesetzge-
berische Zweck, einen Anreiz zu freiwilligen Selbst-
beschränkungen zu schaffen, nicht verfehlt werden soll,
die entsprechende Interpretationsmöglichkeit nicht mehr
in Betracht.

- b) In der weitaus überwiegenden Zahl der Fälle besteht
zwischen Entscheidungsfrage und gesetzgeberischem
Zweck kein empirischer Zusammenhang.

1) Vgl. diesbezüglich außerdem noch die Entscheidung
BGHZ 64, 173 (175), in der der 7. Senat die empiri-
sche Hypothese des Gesetzgebers teilt, daß Koppe-
lungen von Grundstückskaufverträgen mit Ingenieur-
und Architektenverträgen zu Wettbewerbsmanipulationen
und Verteuerungen auf dem Bau- und Wohnungsmarkt
führen.

- aa) Vereinzelt wird der Zusammenhang durch Rechtsregeln gestiftet.

Beispiel: BGHZ 3, 321 (329 ff)

"Für die Entscheidung der Frage, wie sich das Verhältnis zwischen § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB einerseits und den §§ 735, 485 HGB, Art. 7 EGHGB andererseits gestaltet, ist auf die Entstehungsgeschichte und vor allem auf den Sinn und Zweck des Art. 7 EGHGB ausschlaggebendes Gewicht zu legen.

...

Wie die Denkschrift zum Entwurf des Handelsgesetzbuches (S. 311) ergibt, sollte die Vorschrift Unbilligkeiten ausgleichen, die sich bis dahin bei der Haftung von Zusammenstößen von Erwerbsschiffen und Nichterwerbsschiffen ergeben konnten. Nach Art. 7 EGHGB sollen die Vorschriften des § 485 und des § 486 Abs. 1 Nr. 3 HGB über die Haftung der Reeder für das Verschulden einer Person der Schiffsbesatzung sowie die Vorschriften der §§ 734 bis 739 HGB über die Haftung im Falle des Zusammenstoßes von Schiffen auch Anwendung finden, wenn die Verwendung eines Schiffes zur Seefahrt nicht des Erwerbs wegen erfolgt. Die Bestimmung bezweckte nach dem Gesagten, die Haftung der Eigentümer von Nichterwerbsschiffen der Haftung der Reeder im Sinne des § 484 HGB anzugleichen. Deshalb wurde die frühere gesetzliche Regelung durch Art. 7 EGHGB geändert. Nach der Vorschrift soll also ein Eigentümer eines Nichterwerbschiffes entsprechend einem Reeder im Sinne von § 484 HGB für ein Verschulden der Schiffsbesatzung haften. Diese beabsichtigte Gleichstellung würde aber im praktischen Ergebnis hinfällig werden, wenn der Eigentümer eines Nichterwerbsschiffes gegebenenfalls einwenden könnte, das Mitglied der Besatzung seines

Schiffes, das den Schaden schuldhaft verursacht habe, könne gemäß § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht in Anspruch genommen werden, weil der Geschädigte auf andere Weise (von der Versicherungsgesellschaft) Ersatz zu erlangen vermöge, und daher entfalle auch seine, des Schiffseigners, Haftung. Da die Reeder im allgemeinen gegen Kasko versichert sind, so würden ihnen, wenn der erörterte Einwand zugelassen würde, bei einem Zusammenstoß ihrer Schiffe mit einem Nichterwerbsschiff trotz Art. 7 EGHGB keine Schadensersatzansprüche gegen den Eigentümer des anderen Schiffes zustehen, weil für dessen Schiffsbesatzung in aller Regel die sonstigen Voraussetzungen des § 839 BGB gegeben sein werden. Nichterwerbsschiffe werden nämlich meist in Ausübung öffentlicher Gewalt geführt werden.

Somit würde durch den Einwand aus § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB der Vorschrift des Art. 7 EGHGB seine wesentliche Bedeutung genommen werden. Ein solches Ergebnis würde aber dem Gesetzeszweck zuwiderlaufen. Diese Erwägung spricht entscheidend für die Rechtsauffassung des Berufungsgerichts, daß § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht zum Zuge kommen kann."

- bb) Zumeist besteht aber zwischen Ziel und Mittel nur ein rein analytischer (sprachlicher) Zusammenhang.

1. Beispiel: BGHZ 59, 58 (60 ff)

"Das Berufungsgericht hält zur Entscheidung über den geltend gemachten Anspruch die streitige und nicht die freiwillige Gerichtsbarkeit für berufen. Es meint, unter § 43 Abs. 1 Nr. 2 WEG, wonach im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit über die Rechte und Pflichten des Verwalters bei der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums entschieden werde, fielen

nicht Ansprüche aus dem Verwaltervertrag, sei es auf Vergütung, sei es auf Schadensersatz gegen den Verwalter. Um eine solche Forderung handle es sich hier. Dem vermag der Senat nicht zu folgen.

...

Das Berufungsgericht kann sich für seine Auffassung auf die bisher herrschende Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum stützen (vgl. ...).

Die herrschende Meinung stellt wesentlich darauf ab, daß in der in Frage stehenden Vorschrift nur die Rechte und Pflichten des Verwalters 'bei der Verwaltung' genannt sind. Daraus folgert sie, daß also Streitigkeiten über Ansprüche 'aus dem Verwaltervertrag' nicht unter die dort getroffene Regelung fallen. Mit dieser Auslegung haftet sie zu sehr am Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung und wird dem vom Gesetzgeber mit der Zuweisung der Verwalterstreitigkeiten in das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit verfolgten Zweck nicht gerecht.

a) Dafür sind reine Zweckmäßigkeitserwägungen maßgebend gewesen. Über die sich aus der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und aus der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums ergebenden Rechte und Pflichten der Wohnungseigentümer und des Verwalters soll in erster Linie deshalb im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit entschieden werden, weil dieses Verfahren einfacher, freier, elastischer, rascher und damit für Streitigkeiten mit einer häufig großen Zahl von Beteiligten besser geeignet ist als der Zivilprozeß. Dagegen ist der jeweilige Rechtsgrund, aus dem die Meinungsverschiedenheiten entstanden sind, nicht von ausschlaggebender Bedeutung.

...

Es wäre ein schwer verständliches, wenig sinnvolles Ergebnis, wenn der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit allein berufen wäre, darüber zu befinden, was

der Verwalter im Einzelfall zu tun und zu lassen hat, während die daraus erwachsende Schadensersatzpflicht des Verwalters zum Gegenstand eines dann erst noch anzustrengenden Zivilprozesses gemacht werden mußte. Das würde dem mit § 43 WEG verfolgten Zweck, in einem vereinfachten Verfahren die Streitigkeiten auszutragen, die anläßlich der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums entstehen, zuwiderlaufen. Im übrigen war von Anfang an beabsichtigt, Streitfälle der Wohnungseigentümer in möglichst weitgehendem Umfang dem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuzuweisen, wie schon der amtlichen Begründung zum Regierungsentwurf des WEG (...) zu entnehmen ist."

Zweck des § 43 WEG ist es also, die Streitigkeiten, die anläßlich der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums entstehen, in einem vereinfachten Verfahren auszutragen.

Mittel zur Verwirklichung dieses Zieles ist es für den 7. Senat, auch Streitigkeiten über eine Schadensersatzpflicht des Verwalters noch in den Anwendungsbereich des § 43 Abs. 1 Nr. 2 WEG einzubeziehen.

Daß damit nur sprachliche Konsequenzen aus der Zielformulierung gezogen werden, dürfte unverkennbar sein.

2. Beispiel: BGHZ 79, 390 (395 ff)

"Das Berufungsgericht hat in dem Gebrauch der angegriffenen Firmenbestandteile einen Verstoß gegen § 43 Abs. 4 Satz 2 StBerG erblickt, weil es nach dieser Vorschrift unzulässig sei, zu der vorgeschriebenen Berufsbezeichnung 'Steuerberatungsgesellschaft' andere Hinweise auf eine steuerberatende Tätigkeit zu verwenden. Dieses Verbot gelte auch für den beanstandeten Zusatz 'Deutscher Apotheken und pharmazeutischer Betriebe'. Mit ihm bringe die Beklagte zum Ausdruck, daß sie ihre berufliche Tätigkeit auf die An-

forderungen bestimmter Berufszweige ausgerichtet habe. Dadurch erreiche sie es, daß ihr von Apotheken und pharmazeutischen Betrieben vielfach der Vorzug vor anderen Angehörigen steuerberatender Berufe gegeben werde, die nicht auf eine besondere Ausrichtung ihrer Tätigkeit hinwiesen. Indessen stehe das mit der gesetzlichen Regelung nicht in Einklang, weil es der Sinn der Vorschrift sei, die zur Steuerberatung befugten Personen nach ihrer Leistung und nicht nach der Berufsbezeichnung auszuwählen. Die gegen diese Ausführungen gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg.

...

Wie schon im Gesetzgebungsverfahren betont, ist es Sinn und Zweck der in Rede stehenden Vorschrift, die Wettbewerbsgleichheit innerhalb des Berufsstandes zu wahren und zugleich der Gefahr einer Irreführung des Publikums, die sich aus der eine besondere Sachkompetenz zum Ausdruck bringenden Berufsbezeichnung ergibt, entgegenzuwirken (vgl. die amtliche Begründung zum Steuerberatungsgesetz ...). Mit diesen Gesetzeszwecken würde aber eine Hervorhebung von Spezialkenntnissen, wie sie hier von der Beklagten ohne eine besondere gesetzliche Prüfungsqualifikation in Anspruch genommen werden, nicht in Einklang stehen.

...

Der Zweck des Gesetzes, durch das Verbot der Hervorhebung von Spezialkenntnissen die Wettbewerbsgleichheit innerhalb des Berufsstandes zu wahren und der Gefahr einer Irreführung des Publikums vorzubeugen, trifft auf Steuerberatungsgesellschaften ebenso zu wie auf Steuerberater und Steuerbevollmächtigte.

...

Vor allem aber muß im Hinblick auf den Grundsatz der Wettbewerbsgleichheit innerhalb des Berufsstandes berücksichtigt werden, daß eine Auslegung des § 43 Abs.

4 StBerG, die es Steuerberatungsgesellschaften und anderen zur geschäftsmäßigen Hilfeleistung in Steuer- sachen befugten Personen gestattete, Hinweise auf eine andere oder spezialisierte Berufstätigkeit in die Berufsbezeichnung aufzunehmen, darauf hinauslief, lediglich die Steuerberater und Steuerbevollmächtigten im Gebrauch ihrer Berufsbezeichnungen zu beschränken. Eine solche unterschiedliche Behandlung innerhalb der steuerberatenden Berufe würde aber mit dem genannten Gesetzeszweck, durch das Verbot der Hervorhebung von Spezialkenntnissen die Wettbewerbsgleichheit innerhalb des Berufsstandes zu wahren, nicht in Einklang stehen."

Zweck der Regelung ist die Wahrung der Wettbewerbsgleichheit innerhalb des Berufsstandes.

Mittel zur Erreichung dieses Zieles ist für den BGH die Nichtzulassung einer einseitigen Begünstigung der Steuerberatungsgesellschaften gegenüber den Steuerberatern und Steuerbevollmächtigten.

Der Zusammenhang zwischen Mittel und Zweck ist also erkennbar nur ein sprachlicher: Wer vom Gebot der Wahrung der Wettbewerbsgleichheit innerhalb des Berufsstandes spricht, meint damit gerade auch, daß einzelne Gruppierungen des Berufsstandes nicht gegenüber anderen besser gestellt werden dürfen.

3. Beispiel: BGHZ 9, 179 (182 ff)

"Die zu der streitigen Frage vertretenen Rechtsauffassungen gehen von einer verschiedenen Auslegung der Vorschriften über den gesetzlichen Forderungsübergang an den öffentlichrechtlichen Versicherungsträger und den öffentlichen Dienstherrn (§§ 1542 RVO, 105 ReichsKnappschG, 139 DBG) aus:

1. Die Meinung des III. Zivilsenats will die Bestimmungen nach ihrem vermeintlichen Sinn und Zweck dahin

begrenzen, daß ein Forderungsübergang nur dann erfolge, wenn infolge des schädigenden Ereignisses z u s ä t z l i c h e Versorgungsleistungen durch den Versicherungsträger oder den öffentlichen Dienstherrn gewährt werden müßten. Wenn diese aus dem Ereignis keinen Schaden, sondern wirtschaftlich sogar einen Nutzen erlangten, sei kein Anlaß gegeben, ihnen wegen der zu zahlenden Hinterbliebenenrenten oder Pensionen Ersatzansprüche zuzubilligen. In diesen Fällen habe der Schädiger haftungsrechtlich 'Glück gehabt'.

...

2. Die Meinung des VI. Zivilsenats lehnt eine Begrenzung der §§ 1542 RVO, 139 DBG ab.

...

Es entspreche gerade dem Sinn der Vorschriften über den Forderungsübergang, daß sich der Schädiger nicht darauf berufen könne, der Geschädigte werde durch Mittel einer öffentlichen Versicherung oder durch Mittel der Allgemeinheit unterhalten und infolgedessen brauche kein Schadensersatz gezahlt zu werden.

... Auszugehen ist vom Sinn und Zweck der Regelung des § 1542 RVO, die auf alle Zweige der öffentlichen Versicherung Anwendung findet und auch im § 139 DBG zum Prinzip erhoben ist.

...

In den Gesetzesmaterialien zu den der Reichsversicherungsordnung vorausgegangenen Versicherungsgesetzen wird also der Gesichtspunkt, daß der Schädiger trotz der Leistung der öffentlichen Versicherung weiterhaften solle, vorangestellt.

...

Die Entstehungsgeschichte der einschlägigen Bestimmungen läßt keineswegs die Deutung zu, bei den Schadensersatzansprüchen der Verletzten gegen die Schädiger, die auf den öffentlichrechtlichen Träger übergegangen seien, handle es sich in Wirklichkeit um die

Geltendmachung des dem Träger selbst erwachsenen Drittschadens; daher dürfe er die auf ihn übergegangenen Schadensansprüche nur in dem Umfange geltend machen, in dem er durch das schadenstiftende Ereignis selbst einen Schaden erlitten habe. Eine solche Deutung würde im Gegenteil diejenige Schlichtung des Interessenwiderstreits der drei Beteiligten, die der Gesetzgeber klar gewollt hat, unmöglich machen. Sie liefe auf eine Begünstigung des Schädigers hinaus, also desjenigen unter den drei Beteiligten, der diese Begünstigung am wenigsten verdient, während der Gesetzgeber gewollt hat, daß der Schädiger auf keinen Fall aus seinen Verpflichtungen entlassen werden soll und daß der Verletzte nicht doppelt entschädigt werden soll, daß also den Vorteil aus der doppelten Schadensleistung innerhalb des dreiseitigen Verhältnisses der öffentlichrechtliche Versorgungsträger haben soll, und zwar ersichtlich deswegen, weil er eine Allgemeinheit vertritt, deren Vermögen für allgemeine Versorgungszwecke bestimmt ist."

Ziel des § 1542 RVO ist es, den Schädiger trotz der Leistung der öffentlichen Versicherung weiterhaften zu lassen.

Mittel zur Realisierung der gesetzgeberischen Zweckvorstellungen ist für den BGH eine Entscheidung der Rechtsfrage zuungunsten des Schädigers, also eine Interpretation dergestalt, daß die Schadensersatzforderung des Versicherten ohne Berücksichtigung der auf Grund des Unfalls zu zahlenden Versicherungsleistungen auf den Versicherungsträger übergeht. Auch in diesem Falle¹⁾ ist man, um überprüfen zu können, ob bei Wahl der abgelehnten Auslegungsalterna-

1) Weitere Beispiele: BGHZ 31, 86 (88); 57, 265 (272/273); 15, 382 (385).

tive das Ziel tatsächlich außer acht gelassen werden würde, nicht auf die Kenntnis empirischer Gesetzmäßigkeiten angewiesen.

Der Zusammenhang zwischen Mittel (Entscheidungsfrage) und Zweck wird auch nicht durch Rechtsregeln gestiftet, sondern ist auch hier wieder ein rein analytischer.

Bei genauer Betrachtung der vorstehend dargestellten Argumentationsbeispiele fällt auf, daß in den Fällen, in denen sich Entscheidungsfrage und Zweck nicht decken, die Argumentationen sich ausnahmslos mit dem gleichen Strukturschema rekonstruieren lassen.

Dies soll nun am Beispiel der zuletzt angeführten Entscheidung BGHZ 9, 179 demonstriert werden.

Der Große Senat für Zivilsachen stellt in diesem Beschluß zwei Auslegungsalternativen zur Diskussion, nämlich zum einen eine einschränkende Interpretation des § 1542 RVO (= Auffassung des 3. Zivilsenats) und zum anderen die vom 6. Zivilsenat vertretene Meinung (uneingeschränkte Geltung des § 1542 RVO). Es wird sodann argumentiert, daß bei einer einschränkenden Interpretation das gesetzgeberische Ziel, den Schädiger nicht zu entlasten, nicht realisiert werden würde und daß demgemäß diese Interpretationsmöglichkeit nicht in Betracht komme. Es sei deshalb die Wahl der anderen Auslegungsalternative geboten.

In formaler Schreibweise sieht dies dann folgendermaßen aus¹⁾:

1) E 1542 = Einschränkung des § 1542 RVO
1542 = uneingeschränkte Geltung des § 1542 RVO.

- (1) $O(Z)$
- (2) $O(E\ 1542) \vee O(1542)$
- (3) $E\ 1542 \rightarrow \neg Z$
- (4) $\neg O(E\ 1542)$
- (5) $O(1542)$

Derartige Argumentationen finden sich abgesehen von den bereits dargestellten Fällen auch in einer Vielzahl weiterer Entscheidungen¹⁾.

Es bleibt demnach festzuhalten, daß die subjektiv-teleologische Standardargumentation des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen mit folgendem Strukturschema rekonstruiert werden kann²⁾:

- (1) $O(Z)$
- (2) $O(M_1) \vee O(M_2)$
- (3) $M_1 \rightarrow \neg Z$
- (4) $\neg O(M_1)$
- (5) $O(M_2)$

Es wird bei einer derartigen Argumentation also nicht darauf abgestellt, daß eine bestimmte Gesetzesinterpretation notwendige, hinreichende oder INUS-Bedingung des erstrebten Zielzustandes ist, sondern es wird eine von zwei zur Diskussion stehenden Auslegungsalternativen als ungeeignet zur Zielverwirklichung dargestellt und daraus nachfolgend auf das Gebotensein der anderen geschlossen³⁾.

1) Vgl. z.B. BGHZ 31, 86; 62, 154; 64, 173; 73, 225.

2) Für wertvolle Hilfe bei der Formalisierung habe ich meinem Doktorvater Prof. Dr. Rüßmann zu danken.

3) Nachdem es in den angeführten Rechtsprechungsbeispielen zu der abgelehnten Interpretationsmöglichkeit tatsächlich nur eine einzige Alternative gibt, die auch noch deren exakte Verneinung darstellt, ist dieser Schluß auch nicht zu beanstanden.

Wenn man sich nach dieser Analyse der Argumentationspraxis des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen die Frage stellt, wann denn nun vom Vorliegen einer subjektiv-teleologischen Argumentation gesprochen werden sollte, dann kann zunächst festgestellt werden, daß in den Fällen, in denen die Gesetzesmaterialien bereits eine unmittelbare Antwort auf die Entscheidungsfrage geben, keine Zweck-Mittel-Argumentation vorliegt, so daß jedenfalls von einem subjektiv-teleologischen Argument in einem spezifischen Sinn nicht die Rede sein kann.

Demgegenüber ist es sehr fraglich, ob man auch in den Fällen, in denen sich Entscheidungsfrage und Zweck nicht decken, entsprechend der Auffassung von Koch¹⁾, nur dann von einer subjektiv-teleologischen Begründung sprechen sollte, wenn ein empirischer Zusammenhang zwischen Mittel und Zweck besteht.

Nachdem die Untersuchung ergeben hat, daß die Zahl der Fälle, in denen der Zusammenhang durch empirische Gesetzmäßigkeiten gestiftet wird, ziemlich gering ist, könnten, wenn der empirische Zusammenhang zwingend vorausgesetzt wird, Argumentationen, in denen auf die Zweckvorstellungen des historischen Gesetzgebers abgestellt wird, nur in den seltensten Fällen als subjektiv-teleologische klassifiziert werden.

In Anbetracht dieser Tatsache dürfte es wohl zweckmäßiger sein, auch dann noch von einem subjektiv-teleologischen Argument zu sprechen, wenn ein nichtempirischer Zusammenhang zwischen Mittel und Zweck besteht.

Die Differenzierung in empirische und nichtempirische Zusammenhänge wirkt sich dann nur für die Prüfung des Gelingens der Argumentation aus.

1) Vgl. oben S. 172.

SCHLUSSBETRACHTUNG

In der rechtstheoretischen Literatur wird vielfach auf die Uneinheitlichkeit hingewiesen, mit der die verschiedenen klassischen Auslegungskriterien in höchst-richterlichen Judizien je nach ihrer Dienlichkeit einmal maßgeblich herangezogen, ein anderes Mal aber außer acht gelassen oder sogar beiseitegeschoben werden¹⁾. Durch die vorliegende Analyse der genetischen Argumentationspraxis des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen dürfte deutlich geworden sein, daß sich dabei gerade das Interpretationsmittel Entstehungsgeschichte besonders variabel handhaben läßt.

Es hat sich beispielsweise gezeigt, daß gleiche entstehungsgeschichtliche Vorgänge, wie die Abänderung bzw. Streichung von Entwurfsbestimmungen oder die Ablehnung von Anträgen im Gesetzgebungsverfahren je nach Bedarf unterschiedlich gewürdigt werden (vgl. oben 2. Teil I 4) und daß verschiedentlich selbst Äußerungen einzelner am Gesetzgebungsverfahren Beteiligter als Wille des Gesetzgebers ausgegeben werden, wenn dies dem BGH ins Konzept paßt (vgl. 2. Teil I 2a)²⁾.

Häufig versucht der Bundesgerichtshof auch aus offensichtlich wenig ergiebigen Gesetzesmaterialien noch ein Argument für die von ihm gewählte Entscheidungsalternative zu gewinnen (vgl. 2. Teil II 1, 2: "Kein Anhaltspunkt für die gegenteilige Auffassung").

Andererseits werden aber dann, wenn sich die Gegenmeinung auf entstehungsgeschichtliche Argumente stützt, die Gesetzesmaterialien als unergiebig dargestellt

1) Vgl. z.B. Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, S. 7, 123; Dreier, in: Probleme der Verfassungsinterpretation, S. 17, 25, 26; Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 25.

2) Daß die Berufung des Bundesgerichtshofs auf einen Willen des Gesetzgebers sogar in relativ vielen Fällen angreifbar ist, hat sich insbesondere auch im 4. Teil erwiesen.

(vgl. z.B. 2. Teil II 2, 2. Beispiel) oder das Argument wird sogar gänzlich übergangen (vgl. z.B. 2. Teil II 3).

Im Hinblick auf die relativ häufige Heranziehung der sog. Andeutungstheorie kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, als ob der BGH den Willen des Gesetzgebers im Gesetz angedeutet findet, wenn er ihm paßt, nicht angedeutet aber, wenn er zur Begründung des gewünschten Ergebnisses nicht paßt (vgl. 3. Teil II 1). In den Entscheidungen, in denen der Bundesgerichtshof grundsätzlich zur Auslegungsproblematik Stellung nimmt, hat es den Anschein, als ob die generelle Bewertung der Entstehungsgeschichte jeweils davon abhängig gemacht wird, was sie gerade zur Begründung einer konkreten, anderswie gefaßten Entscheidung beitragen oder eben nicht beitragen kann, wobei dem BGH die verschiedenen Aussagen in den beiden methodischen Grundsatzentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sehr nützlich sind, da diese so vielfältig einsetzbar sind, daß je nach Bedarf die passende Formulierung ausgewählt werden kann (vgl. 3. Teil I).

Dem Beobachter der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann es kaum zweifelhaft sein, daß das höchste deutsche Zivilgericht das Instrumentarium der klassischen Auslegungskriterien häufig nur dazu benutzt, um die nach seinem Rechts- und Sachverständnis angemessenste Entscheidung *lege artis* zu begründen¹⁾.

Für eine Vorgehensweise bei der die Auslegungsregeln nur ein bewährtes Arsenal zur Erzeugung juristisch verwendbarer Argumente²⁾ darstellen, ihnen also nur die Funk-

1) So insbesondere auch Esser, a.a.O., S. 7, 122, 123. Sehr aufschlußreich ist in diesem Zusammenhang auch die Äußerung eines ehemaligen BGH-Präsidenten, daß Rechtsprechung nicht so sehr ein logisches Glasperlenspiel sei, als vielmehr finales Handeln, ausgerichtet auf ein vernünftiges Ergebnis, wie es der Gerechtigkeit entspricht (Heusinger, a.a.O., S. 5).

2) Vgl. Dreier, a.a.O., S. 26.

tion von Absicherungstechniken zukommt¹⁾, sind gerade die Gesetzesmaterialien angesichts dessen, daß sie sich äußerst geschmeidig handhaben lassen, ein besonders brauchbares Werkzeug, ja man kann sie diesbezüglich wohl sogar als das Hilfsmittel par excellence bezeichnen²⁾.

Die nach materieller Gerechtigkeit im Einzelfall strebende Rechtsprechung ist offensichtlich nicht gewillt, sich das Entscheidungsergebnis zwingend von irgendwelchen Auslegungskriterien vorschreiben zu lassen³⁾.

Ein Höchstgericht eines Nachbarlandes, das Schweizer Bundesgericht, hat sich sogar in zwei Entscheidungen (BGE 83 I 177; 83 IV 228) ausdrücklich dazu bekannt, die Methodenfrage vom gegebenen Fall aus zu entscheiden.

Wenn diese Bekenntnisse zur methodologischen Grundsatzlosigkeit seitens eines ehemaligen Bundesrichters als eine "bedenkliche Abdankung", eine "eigentliche Bankrotterklärung des Bundesgerichts in der Methodenfrage" bezeichnet werden⁴⁾, so kann dem nur zugestimmt werden.

1) Vgl. Kilian, a.a.O., S. 82; Gropp, Die Rechtsfortbildung contra legem, S. 117.

2) Zur dialektischen Verwendung der Materialien als internationaler Erscheinung vgl. Keller, Die Kritik, Korrektur und Interpretation des Gesetzeswortlauts, S. 220, Fn. 101.

3) Vgl. Gropp, a.a.O., S. 115.

4) Huber, Wirtschaft und Recht, 1958, S. 10, Fn. 5. Die scharfe Kritik Hubers gipfelt in der Äußerung, daß wenn die Methodenbestimmung nicht mehr ein Gebot objektiver Richtigkeit, sondern in das Gutdünken des Richters gestellt sei, dann höre nicht nur auf einem fatalen Umweg die Bindung an das Gesetz auf, sondern die Rechtsschulen der Universitäten könnten auch die Vorlesungen über Methodenlehre einstellen und die Studenten zu Taschenspielern ausbilden.

Aus staatsrechtlichen, verfassungsrechtlichen Gründen muß dem Postulat der Gesetzesbindung grundsätzlich der Vorrang eingeräumt werden gegenüber der Gerechtigkeit der Fallentscheidung¹⁾.

Das Bemühen um Fallgerechtigkeit ist nur innerhalb des Rahmens der Gesetzesbindung anzuerkennen²⁾.

Insbesondere das Fehlen einer anerkannten Präferenzordnung ermöglicht es der Rechtsprechung, die verschiedenen Auslegungsregeln im Einzelfall je nach Bedarf zu gewichten.

Wer den vorschnellen Rückgriff auf das Vorverständnis des Richters mißbilligt, und ihn, soweit möglich, an feststehende Maßstäbe binden will, kommt deshalb nicht umhin, sich um einen konsensfähigen Rangfolgevorschlag zu bemühen.

Die Frage der Rangfolge unter den Auslegungsregeln³⁾ ist entgegen der in der Literatur vielfach vertretenen Ansicht, daß der Versuch, eine Hierarchie der Auslegungsregeln aufzuzeigen, zum Scheitern verurteilt sei⁴⁾, keineswegs unlösbar⁵⁾, wenn man einsieht, daß die Rangfolge

1) Vgl. hierzu Koch/Rüßmann, a.a.O., S. 175 ff sowie Koch, EuGRZ 1986, 348: "Wenn die vernünftige Problemlösung Vorrang vor einer Bindung des Richters an Gesetz bzw. Verfassung genießt, so geraten Gesetz und Verfassung zu Topoi unter vielen anderen."

2) Koch/Rüßmann, a.a.O., S. 176.

3) Vgl. zum folgenden ausführlich: Koch/Rüßmann, a.a.O., S. 176-184.

4) So z.B. Esser, a.a.O., S. 122; Kriele, a.a.O., S. 88 ff.

5) Hielte man diese Aufgabe für schlechthin unlösbar, so gäbe es überhaupt keine annähernd Vertrauen erweckende Bewältigung der Rechtsfindungsprobleme mehr. Wo immer Gesetze die Gerichte binden, sind wir auf eine bis zum letzten durchgebildete Rechtsfindungsmethodik angewiesen, zu welcher auch ein positivrechtlich zu verantwortendes Regulativ über die Methodenwahl gehört (Engisch, a.a.O., S. 242/243 Anm. 82 d).

geproblematik kein methodisches, sondern ein staats-theoretisches Problem darstellt.

Eine staats-theoretische Begründung einer bestimmten Rangfolge bereitet nicht einmal besondere Schwierigkeiten.

Mit Rücksicht auf das Gesetzesbindungspostulat kommt den Bindung sichernden Auslegungsregeln¹⁾ des Wortsinns und der Zweckvorstellungen des historischen Gesetzgebers Vorrang vor der objektiv-teleologischen Auslegung zu²⁾.

Angesichts dessen, daß die Bundesrepublik eine geschriebene Verfassung hat und diese Verfassung die Rechtsordnung dieses Staates als geschriebene vorsieht, ist dem sprachlichen Gehalt der Texte, also dem Wortsinn, der Vorrang vor sprachlichen Setzungen zu geben, die im Lichte der gesetzgeberischen Zweckvorstellungen vorgenommen werden können³⁾.

Nachdem der Wortlaut einer gesetzlichen Vorschrift sehr häufig wegen Vagheit oder unaufhebbarer Mehrdeutigkeit

-
- 1) Für Koch/Rüßmann, a.a.O., insbesondere S. 179 ff bzw. Koch, EuGRZ 1986, 354 handelt es sich dabei um Auslegungsziele. Sie gehen davon aus, daß bei der Diskussion um subjektive und objektive Auslegungstheorie das Alternativenspektrum unzulässig verengt ist. Außerdem sehe die Subjektiv-Objektiv-Kontroverse fälschlich einander ausschließende Alternativen dort, wo es um Rangfolgeprobleme gehe (so auch Bydlinski, a.a.O., S. 430).
 - 2) Das vierte klassische Auslegungselement, die systematische Auslegung, kann bei genauerer Betrachtung nicht als eigenständiges Kriterium angesehen werden (vgl. dazu Hassold, in: Festschrift für Larenz zum 80. Geb. S. 225, 226; Koch/Rüßmann, a.a.O., S. 167; Koch, EuGRZ 1986, 354; Dopslaff, Wortbedeutung und Normzweck bei der Auslegung von Strafrechtsnormen, S. 208, 209 m.w.N.).
 - 3) Ein Vorgehen, bei dem das vom Gesetzgeber Gewollte gegen das vom Gesetzgeber Gesagte zur Geltung gebracht wird, kann nur als Rechtsfortbildung in Betracht kommen.

keine Entscheidung zuläßt und somit dem Rangverhältnis zwischen entstehungsgeschichtlicher und objektiv-te-leologischer Auslegung entscheidende Bedeutung zukommt, soll der Vorrang der gesetzgeberischen Regelungsabsichten noch dadurch argumentativ untermauert werden, daß die klassischen Einwände die gegen die Beachtung der Zweckvorstellungen des historischen Gesetzgebers vorgebracht werden¹⁾ widerlegt werden:

Wenn mit dem sog. Willensargument geltend gemacht wird, daß in einer parlamentarischen Demokratie ein "Wille des Gesetzgebers" keine greifbare Realität sei, so ist dem entgegenzuhalten, daß es im Zeitalter der Parteiendemokratie und des Fraktionszwangs nicht schwer fallen sollte, der Paktentheorie zuzustimmen, die davon ausgeht, daß ein Gesetzgebungsorgan sich diejenigen Gründe zu eigen macht, die die Initiatoren und Verfasser des Gesetzentwurfs mit dem Text verbunden und in den Materialien zum Ausdruck gebracht haben²⁾.

Wenn schriftlich erklärte Zielsetzungen bestimmter gesetzlicher Regelungen mit einem solchen Argument für unbeachtlich erklärt werden, so wird eine unter Gewaltenteilungsgesichtspunkten erwünschte und - mit gewissen Einschränkungen - mögliche Bindung leichtfertig aufgegeben³⁾.

Zu dem sog. Formargument ("Nur in Gesetzesform gebrachte Willenserklärungen haben Gesetzeskraft") und dem mit diesem verwandten Vertrauensargument ("Nur das was für den Rechtsunterworfenen erkennbar ist, kann Gesetzesinhalt sein") ist zu bemerken, daß wenn auch der für den "Gesetzeswortlaut" einschlägige Sprachgebrauch dem Bür-

1) Darauf, daß auch in diesen Contra-Argumenten die staats-theoretische Problematik zumindest anklingt, weisen Koch/Rüßmann (a.a.O., S. 180) hin.

2) Vgl. z.B. Röhl, Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung, S. 298.

3) Koch/Rüßmann, a.a.O., S. 180.

ger leichter zugänglich sein mag, sich daraus doch nicht ergibt, daß auch jenseits der Bindungskraft des maßgeblichen Sprachgebrauchs die gesetzgeberischen Zweckvorstellungen nicht maßgeblich sein könnten. Man begäbe sich damit einer Bindungsmöglichkeit in einem Entscheidungsbereich, in dem die innerhalb ihrer Reichweite vorzuziehende Bindung an den Wortsinn nicht mehr entscheidungserheblich sein kann¹⁾.

An dem Argument, daß bei Bindung an die gesetzgeberischen Regelungsabsichten eine Anpassung des Gesetzes an veränderte Verhältnisse nicht möglich sei (Ergänzungsargument), ist schließlich zu kritisieren, daß - letztlich ohne Grund - Materialienverwertung gleichgesetzt wird mit "Festhalten am Willen des historischen Gesetzgebers"²⁾, obwohl auch der Befürworter einer grundsätzlichen Bindung an das gesetzgeberische Programm Entscheidungen gegen die Vorstellungen des Gesetzgebers nicht für grundsätzlich unzulässig erklärt, sondern sie nur in den Bereich der Rechtsfortbildung verweist³⁾, wo sie dann allerdings einer besonderen Legitimation bedürfen.

Wer für die Verbindlichkeit der gesetzgeberischen Zweckvorstellungen eintritt, achtet also nicht nur das Prinzip der Gewaltenteilung, insbesondere das Rechtssetzungsvorrecht des Gesetzgebers und die Gesetzesbindung des Richters, sondern fordert auch im Interesse der Methodenehrlichkeit und Rechtsstaatlichkeit die Offenlegung einer richterlichen Rechtsfortbildung⁴⁾.

1) Koch/Rüßmann, a.a.O., S. 181.

2) Vgl. Baden, a.a.O., S. 391.

3) Vgl. hierzu nachfolgend S. 203.

4) Vgl. dazu auch Hassold, ZZP 1981, 197, 203, 204, 207 sowie Hassold, in: Festschrift für Larenz zum 80. Geb. S. 217, der weiterhin auch noch die Wissenschaftlichkeit eines solchen Auslegungsverfahrens hervorhebt.

Wenn man somit jedenfalls innerhalb des Bereichs der Gesetzesauslegung von einer grundsätzlichen Beachtlichkeit der Vorstellungen des historischen Gesetzgebers auszugehen hat, so darf doch der Hinweis darauf nicht fehlen, daß es unerläßlich ist, die Verbindlichkeit des Willens des Gesetzgebers davon abhängig zu machen, daß dieser auch wirklich klar erkennbar ist¹⁾.

Darüber, daß die Leistungsfähigkeit der genetischen Auslegung nicht überschätzt werden darf, muß sich auch der Befürworter einer weitgehenden Bindung des Rechtsanwenders an die gesetzgeberischen Zweckvorstellungen im klaren sein.

Da auch die Entstehungsgeschichte eines Gesetzes aus überlieferten Wörtern erschlossen werden muß, kann der Wille des Gesetzgebers aus den Gesetzesmaterialien oft nicht sicherer gewonnen werden als aus dem Gesetz²⁾.

So finden sich dann auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs etliche Entscheidungen, in denen der erkennende Senat explizit ausführt, daß die Materialien für die strittige Auslegungsfrage nicht bzw. wenig ergiebig seien³⁾.

Andererseits enthalten die Materialien in ihrer Heterogenität häufig aber auch Belege für die unterschiedlichsten Auslegungsergebnisse⁴⁾.

Als instruktives Beispiel dafür, daß die Gesetzesmaterialien verschiedene Deutungsmöglichkeiten zulassen können, kann die Entscheidung BGHZ 57, 375 angeführt werden. Es heißt dort auf den Seiten 378 ff:

"Wie bereits das Landgericht zutreffend darlegt, hat das Reichsgericht auf Grund dieser Bestimmungen und ihrer

1) Vgl. dazu auch oben 4. Teil.

2) Honsell, a.a.O., S. 96.

3) Vgl. z.B. BGHZ 13, 274; 35, 192; 42, 208; 42, 225; 42, 369; 57, 318; 87, 234.

4) Vgl. auch Baden, a.a.O., S. 389.

Zu der sich daraus ergebenden Gefahr des Mißbrauchs vgl. z.B. Baden, ebenda oder Liver, a.a.O., S. 18.

Entstehungsgeschichte erstmals in seiner Entscheidung vom 11. November 1891 (RGZ 28, 341, 344/5) den Widerstreit zwischen den Belangen des Bergbaus und der öffentlichen Verkehrsanstalten zugunsten der letzteren entschieden: Die Bergbauinteressen seien denen der Verkehrsanstalten untergeordnet.

...

Aus der Entstehungsgeschichte des Allgemeinen Berggesetzes, die Westermann in seinem Gutachten S. 54 ff eingehend und mit anderen Ergebnissen als denen behandelt, zu denen das Reichsgericht gekommen ist, läßt sich entgegen der Ansicht der Revision ebenfalls nichts für deren Auffassung herleiten.

Denn jedenfalls trifft die Ansicht des Reichsgerichts zu, daß die Bestimmung des § 154 Abs. 1 ABG, die dem Bergbautreibenden einen beschränkten Ersatzanspruch gibt, falls die Verkehrsanlage Veränderungen der Bergwerksanlage nötig macht, eingeführt worden sei, um den Bergbau - mindestens für das Gebiet des Preußischen Allgemeinen Landrechts - besser als bisher zu stellen. Das ergibt sich aus den Materialien des Gesetzes, wie neuerdings Vowinckel in ZfB 108, 261, 296 ff insbesondere unter Hinweis auf die Ausführungen des Abgeordneten Generalstaatsanwalts Grimm, dargelegt hat. Im übrigen sollte es nach der übereinstimmenden Auffassung von Regierung, Herrenhaus und Abgeordnetenhaus dabei verbleiben, daß das Bergwerkseigentum der öffentlichen Verkehrsanstalt gegenüber einer gesetzlichen Einschränkung unterliegt (Vowinckel, a.a.O., S. 297)."

Insbesondere wenn man noch berücksichtigt, daß Westermann mit seiner Auffassung, die RG-These von der Inhaltslosigkeit des Bergwerkseigentums gegenüber den öffentlichen Verkehrsanstalten werde durch die mit den Materialien aus den verschiedenen Gesetzgebungsgremien zu belegende Entstehungsgeschichte nicht gedeckt, nicht al-

lein dasteht¹⁾, kann in einem solchen Fall²⁾, auch wenn der BGH und auch das RG ihre Entscheidungen als mit den gesetzgeberischen Absichten in Einklang stehend darstellen, von einem mit hinreichender Sicherheit erkennbaren gesetzgeberischen Willen wohl keine Rede sein. Ein unklarer Wille des Gesetzgebers sollte aber bei juristischer Auslegung keine Rolle spielen, da dann auch die Möglichkeit besteht, daß sich der Rechtsanwendende hinsichtlich der Bewertung des Gesetzgebers irrt³⁾.

Wenn nach dem bislang Ausgeführten bei nicht eindeutigem Wortlaut auch generell keine Auslegung für zulässig erachtet wird, die den klar erkennbaren gesetzgeberischen Zweckvorstellungen zuwiderläuft⁴⁾, so soll damit natürlich in keiner Weise die Kompetenz des Richters zur Fortbildung des Rechts grundsätzlich in Frage gestellt werden.

Da es eine Notwendigkeit ist, das Recht auch ohne ständiges Eingreifen des Gesetzgebers an tiefergehende Änderungen der Verhältnisse anzupassen, kann es jedenfalls bei einem grundlegenden Wandel der Normsituation nicht generell unzulässig sein, von den überholten Vorstellungen des historischen Gesetzgebers abzuweichen⁵⁾.

1) Ausdrücklich zustimmend z.B. Fabricius, ZfB 108, 214 ff.

2) Weitere Beispiele: BGHZ 71, 264 (269/270); 72, 182 (185/186).

3) Vgl. Schroth, a.a.O., S. 103 sowie ders., in: Kaufmann/Hassemer, Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, S. 297.

4) So auch Zippelius, Juristische Methodenlehre, S. 55.

5) Als Änderungen der Normsituation, die eine Anpassung des Gesetzes erfordern und legitimieren können, kommen insbesondere Veränderungen der Verkehrsauffassung, der wirtschaftlichen oder sozialen Verhältnisse, Änderungen der allgemeinen Lebensverhältnisse, neue wissenschaftliche Erkenntnisse sowie Wandlungen im rechtlichen Bereich in Betracht, vgl. dazu Hassold, ZZP 1981, 201 sowie Honsell, a.a.O., S. 154-168 (mit Beispielen).

Eine wesentliche Einschränkung ist dabei allerdings dahingehend zu machen, daß Rechtsfortbildungen, bei denen sowohl der Wortlaut als auch die eindeutig erkennbaren gesetzgeberischen Zweckvorstellungen mißachtet werden, nicht mehr als legitim angesehen werden können¹⁾.

Durch Contra-legen-Judizien wie z.B. die bereits oben im fünften Teil angesprochene Entscheidung BGHZ 39, 124, in der entgegen § 253 BGB Geldersatz für eine Persönlichkeitsrechtsverletzung zugesprochen wurde oder die Entscheidung BGHZ 50, 325, in der der 7. Senat die aktive Parteifähigkeit von Gewerkschaften im Zivilprozeß entgegen dem eindeutigen Wortlaut des § 50 ZPO und dem klaren Willen des Gesetzgebers bejaht hat, wird die gesetzgebende Gewalt ihrer verfassungsrechtlich gebotenen Rechtssetzungsprärogative beraubt, was eine Preisgabe der Prinzipien der Gewaltenteilung und Demokratie bedeutet²⁾.

Das Bundesverfassungsgericht selbst hat 15 Jahre vor seiner die § 253 BGB mißachtende Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bestätigenden Entscheidung BVerfGE 34, 269 in zwei Beschlüssen (BVerfGE 8, 28 (33, 34); 8, 210 (220, 221)) ausgeführt, daß durch eine Interpretation contra legem, durch die einem nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Gesetz ein entgegengesetzter, das gesetzgeberische Ziel verfehlender Sinn gegeben würde, in verfassungsrechtlich unhaltbarer Weise in die Kompetenzen des Gesetzgebers eingegriffen werde.

1) Vgl. z.B. auch Koch/Rüßmann, a.a.O., S. 255.

2) Vgl. dazu auch Menger, VerwArchiv 1974, 200.

Eine neuere Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 65, 182)¹⁾ deutet auch darauf hin, daß das Bundesverfassungsgericht heute eher bemüht ist, die Geister, die es im Soraya-Fall rief, wieder loszuwerden und Normsetzungsgelüste der Fachgerichte in Grenzen zu halten²⁾.

Von dem Verbot des contra-legen-Judizierens können auch keine Ausnahmen zugelassen werden.

Es ist ausschließlich Sache des Gesetzgebers bei Vorliegen eines Wertungswiderspruchs³⁾ oder eines Rechtsnotstandes⁴⁾ Abhilfe zu schaffen.

Die von der grundgesetzlichen Gewaltenteilung gezogene Grenze zwischen zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung und unzulässiger richterlicher Gesetzeskorrektur darf nicht durch die Anerkennung von Ausnahmen vom contra-legen-Verbot verwischt werden⁵⁾.

Es kann einzig und allein dann einmal statthaft sein, eine Wortfassung, die erkennbar den Vorstellungen des

1) In dieser Entscheidung, in der es um die konkursrechtliche Einordnung von Abfindungsansprüchen entlassener Arbeitnehmer aus einem Sozialplan geht, kommt das Bundesverfassungsgericht zu dem Ergebnis, daß das Bundesarbeitsgericht die Grenzen die einer schöpferischen Rechtsfindung mit Rücksicht auf den Verfassungsgrundsatz der Gesetzesbindung gezogen sind, erkennbar überschritten hat.

2) Rüßmann, Theorie und Erfahrung in juristischen Begründungen, wird veröffentlicht in: "Theorie und Empirie", Hrsg.: Zentrum Philosophische Grundlagen der Wissenschaften an der Universität Bremen. Vgl. zum Verhältnis zwischen dieser Entscheidung und BVerfGE 34, 269 auch Müller (Richterrecht, S. 73), der das durch diesen Beschluß in der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts begonnene Messen mit zweierlei Maß in Fragen des Richterrechts als skandalös bezeichnet.

3) Zur Beseitigung von Wertungswidersprüchen wollen z.B. Engisch, a.a.O., S. 163 ff mit Anm. 204 d und Krey, JZ 1978, 467 eine Ausnahme zulassen.

4) Vgl. dazu Larenz, a.a.O., S. 411 sowie in: NJW 1965, 6, 7 und in: Festschrift für Henkel, S. 43.

5) Vgl. hierzu z.B. auch Soell, a.a.O., S. 154, Fn. 17.

Gesetzgebers entspricht, preiszugeben, wenn der Wortlaut die gesetzgeberischen Absichten zwar einwandfrei wiedergibt, im übrigen aber unzweifelhaft feststeht, daß der Gesetzgeber bei der Abfassung von falschen Voraussetzungen ausgegangen ist¹⁾.

Ein besonders anschauliches Beispiel für einen solchen Motivirrtum des Gesetzgebers stellt die Entscheidung BGHZ 3, 82 dar. Dieser Beschluß befaßt sich mit der rückwirkenden Kraft des Berliner Gesetzes zur Wiederherstellung der Rechtseinheit, durch welches Gesetz die Revision gegen Urteile des Kammergerichts zugelassen wurde. Das Gesetz ist am 15. Februar 1951 verkündet worden, bestimmt jedoch in Artikel 7, daß es am 1. Januar 1951 in Kraft trete.

Der Wortlaut des Art. 7, nach dem das Gesetz am 1. Januar 1951 in Kraft tritt, ist vollkommen klar und eindeutig²⁾ und ebenso eindeutig haben sich die Gebotsvorstellungen des Gesetzgebers (sein psychologischer Wille) darauf erstreckt, daß das Gesetz an diesem Tage in Kraft trete.

Der Gesetzgeber war aber von der irrigen Vorstellung ausgegangen, das Gesetz werde am 1. Januar 1951 bereits verkündet sein, so daß die Frage einer Rückwirkung des Gesetzes gar nicht auftauchte.

Der normative Wille des Gesetzgebers ging also dahin, das Gesetz erst mit der Verkündung wirksam werden zu lassen.

Die Berichtigung eines solchen Motivirrtums des Gesetzgebers verstößt nicht gegen den rechtsstaatlichen Grundsatz der Gewaltenteilung. Der Richter, der seine Entscheidung aus den dem Erlaß des Gesetzes zugrundeliegenden Wertungen entnimmt, stellt nicht anstelle des Gesetzgebers unerlaubte rechtspolitische Erwägungen an,

1) Vgl. hierzu Weinsheimer, Die Auslegung gegen den Wortlaut im Steuerrecht, S. 81 ff.

2) So auch G. und D. Reinicke, NJW 1952, 1035.

sondern führt nur den Zustand herbei, den der Gesetzgeber selbst verwirklichen wollte, so daß es sich im Grunde genommen auch gar nicht um eine Entscheidung gegen das vom Gesetzgeber Gewollte handelt¹⁾.

Abschließend soll die im sechsten Teil behandelte Problematik der Art des Zusammenhangs zwischen Entscheidungsfrage und gesetzgeberischem Zweck in subjektiv-teleologischen Begründungen noch einmal kurz aufgegriffen werden.

Gerade auch die Erkenntnis, daß es subjektiv-teleologischen Argumentationen gibt, bei denen der Zusammenhang durch empirische Gesetzmäßigkeiten gestiftet wird, zeigt, daß Juristen für ihre sozusagen ureigenste Aufgabe, die Gesetzesanwendung, sozialwissenschaftliches Wissen benötigen²⁾.

In der Praxis beschafft sich der Richter das erforderliche sozialwissenschaftliche Wissen zumeist nicht etwa dadurch, daß er auf fundierte sozialwissenschaftliche Theorien zurückgreift, sondern er geht von wissenschaftlich nicht überprüften, generellen Annahmen über die soziale Wirklichkeit aus³⁾.

Angesichts der Tatsache, daß solche Alltagstheorien⁴⁾ häufig aber nicht oder nur mit Vorbehalten die sehr bestimmten Folgerungen, welche unter ihrer Zuhilfenahme ge-

1) Vgl. dazu auch G. und D. Reinicke, JR 1951, 162/163.

2) Vgl. auch Koch/Rüßmann, a.a.O., S. 219. Auch Dopsch (a.a.O., S. 213) weist darauf hin, daß gerade im Rahmen des Zweckarguments die Notwendigkeit der Sozialwissenschaften besonders plastisch hervortrete.

3) Vgl. Lautmann, Justiz - die stille Gewalt, S. 58; Opp, Soziologie im Recht, S. 18/19.

4) Anlaßlich einer Analyse von 1.738 Zivilurteilen haben Bender und Schumacher (Erfolgsbarrieren vor Gericht, S. 140) festgestellt, daß in etwa der Hälfte der Entscheidungen richterliche Alltagstheorien verwendet werden.

zogen werden, erlauben¹⁾, wäre es aber wünschenswert, wenn der Richter das erforderliche nomologische Wissen aus den sich mit der sozialen Welt befassenden Erfahrungswissenschaften beziehen würde²⁾, wodurch die Sicherheit der zu erreichenden Beurteilungen zweifellos erhöht werden könnte.

Allerdings wird es ihm diesbezüglich nicht selten an hinreichender Beurteilungskompetenz fehlen, welche aber vorausgesetzt werden muß, wenn die Berücksichtigung der vorhandenen sozialwissenschaftlichen Ergebnisse nicht letztlich unkritisch erfolgen soll³⁾.

Um den Richtern die erforderliche Beurteilungskompetenz zu verschaffen, sollte alles daran gesetzt werden, einen Gedanken, den Bender auf dem internationalen Symposium "Rechtsprechungslehre" 1984 in Münster zur Diskussion gestellt hat, in die Tat umzusetzen.

Nach Bender⁴⁾ kann man die sozialwissenschaftlichen Argumente in drei Gruppen einteilen: zum ersten solche, die in großer Häufigkeit verwandt werden und die infolgedessen Gegenstand der Juristenausbildung sein könnten; zum zweiten solche, die in mittlerer Häufigkeit in Gerichtsurteilen auftauchen und hinsichtlich derer Rechtstatsachenkommentare hilfreich sein könnten⁵⁾;

1) Dubischar, Vorstudium zur Rechtswissenschaft, S. 167.

2) Rüßmann, in: Zimmermann, Sprache und Welterfahrung, S. 228.

3) Koch, EuGRZ 1986, 358.

4) Diskussionsbeitrag, in: Achterberg, Rechtsprechungslehre, S. 400.

5) Die für die Rechtstatsachenkommentare erforderlichen Daten und sozialwissenschaftlichen Theorien sind teilweise schon vorhanden und müssen für den forensischen Gebrauch nur gesammelt und geordnet werden. Soweit häufiger benötigte Daten und Theorien nicht vorhanden sind, sollten entsprechende Forschungen initiiert werden. Ansätze zu solchen Rechtstatsachenkommentaren finden sich z.B. in der im Hermann Luchterhand Verlag erscheinenden Reihe "Alternativkommentare" (vgl. Bender, in: Achterberg, a.a.O., S. 612).

zum dritten solche, die nur selten gebraucht werden und hinsichtlich deren man sich mit Alltagstheorien behelfen müßte¹⁾.

Durch eine möglichst weitgehende Realisierung dieses Konzepts könnte insbesondere auch eine Verbesserung der Qualität (subjektiv-) teleologischer Begründungen in höchstrichterlichen Entscheidungen erreicht werden.

1) Zum gesamten Problembereich vgl. die bei Achterberg, a.a.O., auf den Seiten 381-406 und 603-625 abgedruckten Referate und Diskussionsbeiträge.

LITERATURVERZEICHNIS

- Adomeit, Rezension von Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, München 1982, in: Jura 1983, S. 220 ff, 559.
- Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, Frankfurt a.M. 1978.
- Alexy, Die logische Analyse juristischer Entscheidungen, in: Ermert (Hrsg.), Loccumer Protokolle, Sprache und Recht, 2. Aufl., Rehburg-Loccum 1982, S. 77 ff.
- Arndt, 25 Jahre Bundesgerichtshof, in: Frohn, Almanach 1975, Köln u.a. 1974, S. 113 ff.
- Baden, Zum Regelungsgehalt von Gesetzgebungsmaterialien, in: Rüdig (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, Berlin u.a. 1976, S. 369 ff.
- Bender, B., Zur Methode der Rechtsfindung bei der Auslegung und Fortbildung gesetzten Rechts, in: JZ 1957, S. 593 ff.
- Bender, R., Diskussionsbeitrag zu Trappe: Sozialstruktur und Rechtsprechung, in: Achterberg (Hrsg.), Rechtsprechungslehre, Köln u.a. 1986, S. 381 ff.
- Bender, R., Die entscheidungsleitende Funktion "genereller Rechtstatsachen", in: Achterberg (Hrsg.), Rechtsprechungslehre, Köln u.a. 1986, S. 603 ff.
- Bender, R./Schumacher, Erfolgsbarrieren vor Gericht, Tübingen 1980.
- Berner, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 33 Abs. 5 GG, Diss. Göttingen 1979.
- Bettermann, Nochmals zur Frage der Grenzen des Kündigungsschutzes des GRMG, in: ZMR 1953, S. 305.
- Böttcher, Die Einschränkung des Ersatzes immateriellen Schadens und der Genugtuungsanspruch wegen Persönlichkeitsminderung, in: MDR 1963, S. 353 ff.
- Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Wien/New York 1982.

- Dopslaff, Wortbedeutung und Normzweck bei der Auslegung von Strafrechtsnormen, Frankfurt a.M. u.a. 1985.
- Dreier, Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation, in: Dreier/Schwegmann (Hrsg.), Probleme der Verfassungsinterpretation, Baden-Baden 1976, S. 13 ff.
- Dubischar, Grundbegriffe des Rechts, Stuttgart u.a. 1968.
- Dubischar, Vorstudium zur Rechtswissenschaft, Stuttgart u.a. 1974.
- Ehmke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: VVdStRL 20 (1963), S. 53 ff.
- Engisch, Einführung in das juristische Denken, 8. Aufl., Stuttgart u.a. 1983.
- Erman, Der Sphärengedanke als Gesichtspunkt für die Verteilung der Preisgefahr beim Werkvertrag, in: JZ 1965, S. 657 ff.
- Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt a.M. 1970.
- Fabricius, Das Verhältnis zwischen Bergbau und öffentlichen Verkehrsanstalten als Gegenstand richterlicher und gesetzgeberischer Bewertung - Betrachtung zu der gleichnamigen Monographie von Prof. Dr. Westermann, Münster, in: ZfB 108 (1967), S. 214 ff.
- Fikentscher, Die Preisbindung für Markenartikel im Blickwinkel der Mißbrauchsaufsicht, in: Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerb als Aufgabe, S. 257 ff., Bad Homburg 1968.
- Futter, Auf der Suche nach der Politik des Gesetzes, in: Dogmatik und Methode, Josef Esser zum 65. Geburtstag, Kronberg 1975, S. 37 ff.
- Giesen, Anmerkung zu BGH NJW 1971, 801, in: NJW 1971, S. 801 ff.
- Gropp, Die richterliche Rechtsfortbildung contra legem, Diss. Berlin 1974.
- Gursky, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Drittes Buch Sachenrecht, §§ 1004-1011, 12. Aufl., Berlin 1982.

- Gutzler, Anmerkung zu BGHZ 46, 74, in: NJW 1967.
S. 343 ff.
- Halbey, Kartellbehörde und richterliche Kontrolle,
Zur Auslegung des § 70 Abs. 4 GWB, in: WRP 1968,
S. 349 ff.
- Hartmann/Walter, Auslegung und Anwendung von Steuerge-
setzen, Bielefeld 1984.
- Hassold, Wille des Gesetzgebers oder objektiver Sinn
des Gesetzes - subjektive oder objektive Theorie
der Gesetzesauslegung, in: ZZP 94 (1981),
S. 192 ff.
- Hassold, Strukturen der Gesetzesauslegung, in: Fest-
schrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag,
München 1983, S. 211 ff.
- Hattenhauer, Die Kritik des Zivilurteils, Frankfurt
a.M. u.a. 1970.
- Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz,
in: AcP 112 (1914), S. 1 ff.
- Hegenbarth, Juristische Hermeneutik und linguistische
Pragmatik, Königstein 1982.
- Heinrichs, Einleitung, in: Palandt, BGB, 46. Aufl.,
München 1987.
- Henf, Billigkeit und zivilrichterliche Argumentation,
Diss. Kiel 1978.
- Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesre-
publik Deutschland, 15. Aufl., Heidelberg 1985.
- Heusinger, Rechtsfindung und Rechtsfortbildung im Spie-
gel richterlicher Erfahrung, Köln u.a. 1975.
- Hill, Zur Rechtsprechung des Kartellsenats, in: Krü-
ger-Nieland (Hrsg.), 25 Jahre Bundesgerichts-
hof, München 1975.
- Hoffmann-Becking, Normaufbau und Methode, Tübingen 1973.
- Honsell, Historische Argumente im Zivilrecht, Ebelsbach
1982.
- Huber, Grundsätze in der Auslegung der Wirtschaftsar-
tikel, in: Wirtschaft und Recht 10 (1958),
S. 1 ff.

- Huhn, Stumpf und schartig, Dr. Mösl!, in: Rasehorn u.a., Im Namen des Volkes, Neuwied/Berlin 1968, S. 70 ff.
- Jost, Soziologische Feststellungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, Berlin 1979.
- Kelker, Zu einer Rezension, in: Jura 1982, S. 559.
- Keller, Die Kritik, Korrektur und Interpretation des Gesetzeswortlauts, Winterthur 1960.
- Keßler, 25 Jahre Bundesgerichtshof, in: DRiZ 1975, S. 294 ff.
- Kilian, Zum "Schallplattenurteil I" des Bundesgerichtshofs, in: Rave u.a. (Hrsg.), Paraphrasen juristischer Texte, Darmstadt 1971, S. 75 ff.
- Kirschstein, Die Verstärkung der vertikalen Preisbindung durch zusätzliche Wettbewerbsbeschränkungen, in: WuW 1959, S. 235 ff.
- Klaue, Die bisherige Rechtsprechung zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, Köln u.a. 1968, S. 249 ff.
- Köbl, Allgemeine Rechtstheorie, in: Sozialrechtsprechung, Festschrift zum 25-jährigen Bestehen des Bundessozialgerichts, Band 2, Köln u.a. 1979, S. 1005 ff.
- Koch, Das Frankfurter Projekt zur juristischen Argumentation, in: Hassemer u.a. (Hrsg.), Argumentation und Recht, ARSP Beiheft Neue Folge Nr. 14, Wiesbaden 1980, S. 59 ff.
- Koch, Die Begründung von Grundrechtsinterpretationen, in: EuGRZ 1986, S. 345 ff.
- Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, München 1982.
- Koch/Trapp, Richterliche Innovation - Begriff und Begründbarkeit, in: Harenburg u.a. (Hrsg.), Rechtlicher Wandel durch richterliche Entscheidung, Darmstadt 1980, S. 83 ff.
- Kopp, Historische und zeitgemäße Auslegung von Gesetzen, o.O. 1957.
- Krey, Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, Berlin 1977.

- Krey, Zur Problematik richterlicher Rechtsfortbildung contra legem, in: JZ 1978, S. 361 ff.
- Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl., Berlin 1976.
- Kühne, Anmerkung zu BGHZ 59, 210, in: JR 1973, S. 289 ff.
- Larenz, Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem, in: NJW 1965, S. 1 ff.
- Larenz, Der Richter als Gesetzgeber?, in: Festschrift für H. Henkel, Berlin/New York 1974, S. 31 ff.
- Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., Berlin u.a. 1983.
- Lautmann, Justiz - die stille Gewalt, Frankfurt a.M. 1972.
- Liver, Der Wille des Gesetzes, Bern 1954.
- Lübtow von, Die Methode der Gesetzesanwendung. Erläutert am § 2325, in: Festschrift Bosch, Bielefeld 1976, S. 573 ff.
- Massfeller, Das gesamte Familienrecht, 2. Aufl., Bd. 1, Frankfurt a.M./Berlin 1962.
- Massfeller/Reinicke, Zu dem Entwurf eines Gesetzes über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts, in: Beilage zum Bundesanzeiger Nr.59 vom 26.3.1957.
- Massfeller/Reinicke, Das Gleichberechtigungsgesetz, Köln/Berlin 1958.
- Mayer-Maly, Rechtswissenschaft, 3. Aufl., München/Wien 1985.
- Meier-Hayoz, Zur Gesetzes- und Vertragsauslegung, in: SJZ 52 (1956), S. 173 ff.
- Menger, Zu den Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, in: VerwArch 1974, S. 195 ff.
- Mennicken, Das Ziel der Gesetzesauslegung, Bad Homburg u.a. 1970.
- Müller, Juristische Methodik, 2. Aufl., Berlin 1976.
- Müller, Richterrecht, Berlin 1986.

- Oellrich, Der Beitrag des Bundesarbeitsgerichts zur Methode der Gesetzesauslegung, Diss. Bonn 1966.
- Opp, Soziologie im Recht, Reinbek 1973.
- Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, Tübingen 1981.
- Peczenik, Grundlagen der juristischen Argumentation, Wien u.a. 1983.
- Perelman, Juristische Logik als Argumentationslehre, Freiburg 1979.
- Pieterek, Mieterhöhung bei steuerbegünstigtem Wohnraum, in: ZMR 1959, S. 224 ff.
- Rahlf, Die Rolle der historischen Auslegungsmethode in der Rechtsprechung des BGH, in: v. Savigny u.a. (Hrsg.), Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie, München 1976, S. 27 ff.
- Reinhart, Die vorsätzliche Zuwiderhandlung gegen das Kartellverbot, Köln u.a. 1963.
- Reinicke, D., Die Voraussetzungen des Pflichtteilsergänzungsanspruchs, in: NJW 1973, S. 597 ff.
- Reinicke, G. und D., Die Auslegungsgrundsätze des Deutschen Obergerichts (DOG) und des Obersten Gerichtshofes für die britische Zone, in: JR 1951, S. 161 ff.
- Reinicke, G. und D., Die Bedeutung des Wortlauts bei der Auslegung von Gesetzen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: NJW 1952, S. 1033 f.
- Reinicke, G. und D., Zum Quotenvorrecht der Versicherungs- und Versorgungsträger, in: NJW 1954, S. 1103 ff.
- Reinicke, G. und D., Die Auslegungsgrundsätze des Bundesarbeitsgerichts, in: NJW 1955, S. 1380 ff.
- Röhl, Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung, Tübingen 1974.
- Rußmann, Zur Einführung: Die Begründung von Werturteilen, in: JuS 1975, S. 352 ff.
- Rußmann, Sprache und Recht, in: Zimmermann (Hrsg.), Sprache und Welterfahrung, München 1978, S. 208 ff.

- Rußmann, Theorie und Erfahrung in juristischen Begründungen, wird veröffentlicht in: "Theorie und Empirie", Hrsg.: Zentrum Philosophische Grundlagen der Wissenschaften an der Universität Bremen.
- Sachs, Die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes als Mittel der Verfassungsauslegung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: DVBl 1984, S. 73 ff.
- Säcker, Einleitung, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, 2. Aufl., München 1984.
- Savigny von, Die heterogene Basis als wissenschaftstheoretisch bedeutsames Merkmal der strafrechtsdogmatischen Argumentation, in: v. Savigny u.a. (Hrsg.), Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie, München 1976, S. 144 ff.
- Schneider, Die Methode der Rechtsfindung (III), in: MDR 1963, S. 276 ff.
- Schroth, Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht, Berlin 1983.
- Schroth, Philosophische und juristische Hermeneutik, in: Kaufmann/Hassemer (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 4. Aufl., Heidelberg 1985, S. 276 ff.
- Schünemann, Die Gesetzesinterpretation im Schnittfeld von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristischer Methodenlehre, in: Festschrift für Ulrich Klug, Bd. 1, S. 169 ff., Köln 1983.
- Soell, Das Ermessen der Eingriffsverwaltung, Heidelberg 1973.
- Stegmüller, Erklärung, Begründung, Kausalität. Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie, Band I, 2. Aufl., Berlin u.a. 1983.
- Stratenwerth, Zum Streit der Auslegungstheorien, in: Festschrift Germann, Bern 1969, S. 257 ff.
- Tapolski, Diskussionsbeitrag, in: Coing, Die juristischen Argumentationsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik, Köln u.a. 1959, S. 32 ff.
- Tettinger, Methodik rechtswissenschaftlicher Arbeitstechnik: Gesetze und Gesetzesmaterialien, in: JuS 1979, S. 258 ff.

Van Veenroy, Die Verjährung der Schadensersatzansprüche gegen Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Notare, in: Der Betrieb 1981, S. 2364 ff.

Weinberger, Rechtslogik, Wien/New York 1970.

Weinberger, Zur Theorie der Gesetzgebung, in: Mokre/Weinberger, Rechtsphilosophie und Gesetzgebung, Wien/New York 1976, S. 173 ff.

Weinsheimer, Die Auslegung gegen den Wortlaut im Steuerrecht, Düsseldorf 1958.

Weitnauer, Kritik am Geschäftsraummietengesetz, in: ZMR 1953, S. 75 ff.

Weitzel, Rezension von Honsell, Historische Argumente im Zivilrecht, Ebelsbach 1982, in: RT 14 (1983), S. 252 ff.

Zimmermann, Der Wortlaut des Gesetzes im Spiegel höchst-richterlicher Rechtsprechung, in: NJW 1956, S. 1262 ff.

Zippelius, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl., München 1985.

Zweigert, Juristische Interpretation, in: Studium Generale 7 (1954), S. 380 ff.

LEBENS L A U F

Name: Wedel
Vorname: Thomas
Geburtsdatum: 24. Mai 1956
Geburtsort: Nürnberg
Eltern: Egon Wedel, Kaufmann
Gerda Wedel, geb. Utz, Hausfrau
Familienstand: verheiratet, ein Kind

Schulen: 1962-1965 Volksschule in Nürnberg
1965-1966 Volksschule in Kreutles
1966-1975 Hardenberg-Gymnasium
Fürth
Abschluß Abitur

Studium: WS 1975-SS 1981 Rechtswissenschaft
an der Friedrich-Alexander-Univer-
sität Erlangen-Nürnberg
Abschluß: Erstes juristisches
Staatsexamen

Referendarausbildung: März 1982-Oktober 1985 im Ober-
landesgerichtsbezirk Nürnberg
Abschluß: Zweites juristisches
Staatsexamen

Berufliche Tätigkeit: Seit 1986 freier Mitarbeiter in
einer Rechtsanwaltskanzlei
Februar 1988: Zulassung zur Rechts-
anwaltschaft



Klaus Feller
Marquardsenstr. 21

8520 Erlangen
Tel.: 091 31 / 24 220